

NORMVLUCHT EN SYSTEEMDWANG
IN DE FINANCIËLE SECTOR



ACTA FALCONIS
VI

NORMVLUCHT EN SYSTEEMDWANG
IN DE FINANCIËLE SECTOR

Wetsnaleving in tijden van
normatieve expansie

Veerle COLAERT



intersentia
Antwerpen – Cambridge

Normvlucht en systeemdwang in de financiële sector.
Wetsnaleving in tijden van normatieve expansie
Veerle Colaert

© 2015 Intersentia
Antwerpen – Cambridge
www.intersentia.be

ISBN 978-94-000-0613-3
D/2015/7849/30
NUR 826

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de uitgever.

INHOUD

I.	Inleiding	1
II.	Hoe het recht bijdraagt tot financiële stabiliteit: drie pijlers	3
A.	Eerste pijler: financiële regulering	4
1.	Wat is financiële regulering?	4
2.	Functie van financiële markten	4
3.	Doelstellingen van financiële regulering	5
4.	Europeanisering en internationalisering leiden tot een spiraal van toenemende financiële regulering	10
B.	Tweede pijler: financieel toezicht	12
C.	Derde pijler: naleving	15
III.	Systematisering als oplossing voor het nalevings- probleem?	21
A.	Achtergrond	21
B.	Voordelen van systematisering	25
1.	Efficiëntiewinst	25
2.	Minder risico op individuele fouten	28
C.	Nadelen van systematisering	29
1.	Inaccurate systemen leiden tot systematisch foute resultaten	30
a.	Probleem	30
b.	Aanpak	33
2.	Kostprijs	43
a.	Probleem	43
b.	Aanpak	44
3.	Ontmenselijking	50
a.	Probleem	50
b.	Aanpak	53

D. Perspectieven: Customer Relationship Management (CRM).....	55
1. Customer Relationship Management (CRM) ...	55
2. Toelaatbaarheid van het gebruik van cliënten-gegevens voor CRM-doeleinden	57
3. Mogelijkheden die CRM biedt voor verbeterde wetsnaleving	62
IV. Besluit	63

I. INLEIDING*

1. *Aanstelling in tijden van crisis* – In oktober 2011 werd ik aangesteld tot docent aan de KU Leuven met als hoofdopdracht onderzoek en onderwijs in het financieel recht.

Deze benoeming gebeurde op een ogenblik waarop de financiële wereld, in de nasleep van de financiële crisis, getroffen werd door een vloedgolf aan nieuwe wetgeving, zowel op internationaal, Europees als Belgisch niveau, die poogde de gaten in het systeem zo veel mogelijk te dichten.

Een uitgebreid palet aan mogelijke onderwerpen voor een inaugurale rede dus.

De bedoeling van een inaugurale rede is echter niet om in te gaan op de juridisch-technische details van een rechtstak. Evenmin wil ik het hebben over specifieke inhoud. Over de vraag of de solvabiliteitsratio's voor banken 8%, 20% of zelfs 50% moeten zijn, zijn er even zovele meningen als economen. Een jurist zal deze discussie niet beslechten.¹

* Mijn bijzondere dank gaat uit naar Maarten PEETERS, Inez DE MEULENEERE en Thomas INCALZA voor hun kritische nalezing en bijzonder nuttige opmerkingen.

¹ De nieuwste Basel-standaarden (Basel III) gaan uit van de Basel II-beginselen, die echter op bepaalde punten werden gewijzigd en aangevuld. De oorspronkelijke *minimum* solvabiliteitsratio voor kredietrisico uit de Basel I-standaarden, kapitaal/risicogewogen activa van 8%, geldt nog steeds (BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework – Comprehensive Version*, 30 juni 2006 (“Basel II”), 2, nr. 5 en 12, nr. 40). Door de Basel III-standaarden werden er echter een aantal buffers (*capital conservation buffer* en *countercyclical buffer*) toegevoegd, die ervoor moeten zorgen dat de *daadwerkelijke* solvabiliteitsratio hoger ligt (BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems – revised version*, juni 2011 (“Basel III: Capital”), 54-60).

Interessanter lijkt het mij om deze bijdrage te wijden aan de vraag hoe het recht kan bijdragen tot een stabiele financiële sector.

Gewoonlijk wordt daarbij gewezen op twee pijlers: naast waterdichte regulering is ook efficiënt toezicht van cruciaal belang.² Een derde pijler, die veelal veronachtzaamd wordt, bevindt zich tussen deze twee pijlers in: de noodzaak van adequate naleving door de rechtsonderhorige financiële instellingen.

2. *Onderzoeksvraag* – Deze bijdrage focust op deze derde pijler: naleving. Onderzocht wordt hoe financiële instellingen de abundante financieelrechtelijke regels nog kunnen kennen en er bovendien in kunnen slagen de naleving daarvan te verzekeren.

Bovendien werd door de Basel III-standaarden bijkomend een “leverage ratio” ingevoerd als “backstop”, d.i. een ratio kapitaal/niet-risicogewogen activa van 3% (BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Basel III leverage ratio framework and disclosure requirements*, 12 januari 2014, 23 p.).

Voorstaande economen pleitten nochtans voor veel hogere ratio's. Zie o.m. A. ADMATI en M. HELLWIG, *The Bankers' new Clothes, What's wrong with banking and what to do about it*, Princeton University Press, 2013, 398 p. ADMATI is bv. voorstander van een leverage ratio van 20 tot 30%, wat de ratio's van niet-bancaire bedrijven zou benaderen. Zie A. ADMATI *et al.*, “Fallacies, Irrelevant Facts, and Myths in the Discussion of Capital Regulation: Why Bank Equity is Not Socially Expensive”, Stanford Working Paper No. 2065, 55.

² Report of the High Level Group on Financial Supervision in the EU, Brussel, februari 2009 (“De Larosière Report”), 39, nr. 144: “*Regulation and supervision are interdependent: competent supervision cannot make good failures in financial regulatory policy; but without competent and well designed supervision good regulatory policies will be ineffective. High standards in both are therefore required.*”

Hiertoe wordt in een eerste deel ingegaan op de drie genoemde pijlers van het financieel recht en de interactie daartussen. Daarna volgt een analyse van de derde pijler, wetsnaleving, waarbij met name wordt onderzocht in welke mate systematisering een antwoord biedt op het nalevingsprobleem. Eerst worden de voordelen van systematisering toegelicht. Vervolgens wordt uitgebreid ingegaan op de aanzienlijke nadelen die daaraan verbonden zijn, waarbij ook telkens wordt aangegeven hoe deze nadelen kunnen worden geremedieerd of gemilderd. Ten slotte wordt een blik geworpen op de toekomstmogelijkheden die systematisering nog biedt in de financiële sector.

II. HOE HET RECHT BIJDRAAGT TOT FINANCIËLE STABILITEIT: DRIE PIJLERS

3. *Overzicht* – In dit deel worden de drie pijlers van een adequaat financieelrechtelijk systeem toegelicht, steeds vanuit de centrale onderzoeksvraag. Eerst wordt ingegaan op de eerste pijler, financiële regulering, en de impact daarvan op het nalevingsprobleem. Vervolgens wordt de rol van financieel toezicht als tweede pijler belicht, waaruit kan worden afgeleid op welke manier de toezichthouder verwacht dat financiële regulering wordt nageleefd. Ten slotte wordt het nalevingsprobleem in functie daarvan scherp gesteld.

A. Eerste pijler: financiële regulering

1. Wat is financiële regulering?

4. *Omschrijving.* – M.i. kan financiële regulering vandaag het meest adequaat worden omschreven als het recht dat de financiële markten reguleert en tot doel heeft de goede werking van de financiële markten te bevorderen.³ Vanuit die definitie wordt hieronder eerst de functie omschreven van de financiële markten en wordt vervolgens ingegaan op de doelstellingen van financiële regulering.

2. Functie van financiële markten

5. *Kanaliseren van geldstromen* – In essentie bestaat de functie van de financiële markten in het zo efficiënt mogelijk alloceren van geld. Via de financiële markten worden overschotten aan geld (spaaroverschotten) gekanaliseerd naar geldbehoefte (voor o.m. industriële en commerciële investeringen).⁴

³ Ondanks dit doel wordt een contraproductief, pervers effect toegeschreven aan heel wat financiële regulering, dat vervolgens moet worden aangepakt door meer regulering. Zie bv. K. DOWD, “The case for laissez-faire”, *The Economic Journal* 1996, 679-687 en recenter bv. A. ADMATI en M. HELLWIG, *The Bankers’ new Clothes, What’s wrong with banking and what to do about it*, Princeton University Press, 2013, specifiek 129 e.v. i.v.m. het perverse effect van depositogarantie, impliciete overheids-garanties en de fiscale aftrekbaarheid van interest op schulden.

⁴ S. VALDEZ en P. MOLYNEUX, *An introduction to global financial markets*, Palgrave, 2010, 3 e.v. Veel complexere definities worden soms voorgesteld. Zie bv. J. BLACK, “Seeing, Knowing, and Regulating Financial Markets: Moving the Cognitive Framework from the Economic to the Social”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 24/2013, 40. Deze auteur definieert een “social conception” van financiële markten

6. *Bemiddeling* – Deze bemiddeling tussen spaaroverschotten (aanbod van geld) en geldbehoefte (vraag naar geld) kan gebeuren door kredietinstellingen en andere intermediairs⁵ of via daartoe bestemde handelsplatformen.⁶ Hun tussenkomst maakt het ook mogelijk dat relatief kleine spaarbedragen aan de aanbodzijde worden gebundeld om relatief grote geldbedragen aan de vraagzijde te verstrekken (bemiddeling wat volume betreft).

3. Doelstellingen van financiële regulering

7. *Overzicht* – In functie van de goede werking van de financiële markten, streeft het financieel recht drie hoofd-doelstellingen na: marktstabiliteit, marktintegriteit en bescherming van de financiële consument. Daarnaast is het realiseren van een interne markt een belangrijke overkoepelende doelstelling van het Europees financieel recht.

8. *Marktstabiliteit* – Waar consumentenbescherming en marktintegriteit doelstellingen zijn die ook ten grondslag liggen aan andere rechtsdomeinen, is marktstabiliteit een specifiek financieelrechtelijke doelstelling. Het belang

als “mechanisms by which, or places in which, boundedly rational, cognitively biased individuals interact in a context of legal and non-legal rules and norms, but ... where social interactions and institutional structures shape how these actors interpret their own interactions and those of others in the markets in which they both participate and observe”.

⁵ Beleggingsondernemingen, beleggingsfondsen, verzekeringsinstellingen, ...

⁶ Gereguleerde markten, multilaterale handelsfaciliteiten of georganiseerde handelsfaciliteiten (zie de definities in art. 4 (1) 21°–23° MiFID 2014/65/EU).

van stabiele markten heeft alles te maken met een risico eigen aan de financiële sector: het systemisch risico.

Systemisch risico verwijst naar het risico dat een bepaalde gebeurtenis een kettingreactie teweegbrengt, waardoor het gehele financiële systeem dreigt in te storten en er een grote kans bestaat op belangrijke negatieve gevolgen in de reële economie.⁷ De gebeurtenis die aanleiding geeft tot dit systemisch risico kan plaatsvinden binnen de financiële sector, zoals het faillissement van Lehman Brothers, dan wel daarbuiten, zoals het instorten van de vastgoedmarkt of een aanslag op een strategische plaats.

De kettingreactie die het gevolg is van deze gebeurtenis, heeft een directe en een indirecte component.⁸ Typisch aan de financiële sector is de grote verbondenheid tussen financiële instellingen onderling, daar zij bijvoorbeeld leningen toestaan aan elkaar of deposito's aanhouden bij

⁷ Zie o.m. R.J. HERRING en A. SANTAMERO, "What is optimal financial regulation" in Benton E. GUP (ed.), *The New Financial Architecture: Banking Regulation in the 21st Century*, 2000, 52; G. KAUFMAN en K. SCOTT, "What is systemic risk, and do bank regulators retard or contribute to it", *The Independent Review*, v. VII, n. 3, 2003, 371; G10 Report on Consolidation in the financial sector, January 2001, 126, beschikbaar via www.bis.org/publ/gten05.pdf. Art. 2 (c) ESRB Verordening (EU) Nr. 1092/2010 geeft een Europeesrechtelijke definitie: "een risico op verstoring van het financiële stelsel met mogelijk ernstige negatieve gevolgen voor de interne markt ende reële economie. Alle soorten financiële intermediairs, markten en infrastructuur kunnen tot op zekere hoogte potentieel systeemrelevant zijn".

⁸ E. GEORGE, Governor of the Bank of England, "Vital Topic Lecture Speech" at the Manchester Business School 24 februari 1998, beschikbaar via www.bankofengland.co.uk/archive/Documents/historicpubs/speeches/1998/speech15.pdf, 8; zo ook J. TAYLOR, "Defining systemic risk operationally" in K. SCOTT et al. (eds.), *Ending Government Bailouts As We Know Them*, Hoover Institution Press Publication, 2009, 33.

elkaar (interdependentie). Wanneer een financiële instelling in moeilijkheden geraakt, heeft dit derhalve een directe impact op andere financiële instellingen, die op hun beurt in moeilijkheden kunnen geraken, *“through the direct financial exposures which tie firms together like mountaineers, so that if one falls off the rock face others are pulled off too”*.⁹

Maar ook indirect kunnen moeilijkheden bij één financiële instelling een effect hebben op de volledige financiële sector. Onzekerheid over de financiële toestand van één financiële instelling kan een impact hebben op het vertrouwen van het publiek in de gehele financiële sector. Als één financiële instelling failliet gaat, kunnen depositohouders bijvoorbeeld in het algemeen veel terughoudender zijn om hun geld toe te vertrouwen aan financiële instellingen. Op die manier kunnen ten gevolge van systemisch risico niet alleen insolvable, maar ook solvabele financiële instellingen in moeilijkheden geraken *“by contagious panic which sweeps everyone off the mountain side like an avalanche”*.¹⁰

9. *Marktintegriteit* – Een tweede doelstelling van het financieel recht is ervoor te zorgen dat de markten integer zijn, dit wil zeggen dat de spelers op de markt op een faire wijze omgaan met elkaar. Dit impliceert bijvoorbeeld dat alle spelers toegang hebben tot voldoende informatie (transparantie) en dat er geen spelers zijn die handelen op basis van informatie die anderen niet bezitten en niet kunnen bezitten (handel met voorkennis). Ook manipu-

⁹ E. GEORGE, *o.c.*, 8.

¹⁰ *Ibid.*

latie van de markt moet in functie van deze doelstelling worden vermeden.

10. Consumentenbescherming – Een laatste doelstelling van het financieel recht is consumentenbescherming. Deze doelstelling is uiteraard niet eigen aan het financieel recht. Het consumentenrecht van Boek VI WER is in principe van toepassing op alle sectoren, ook op de financiële sector. Daarnaast zijn er echter heel wat bijzondere regels van financieel recht die specifiek de bescherming van de financiële consument beogen. Dit wordt nodig geacht, gelet op de complexiteit van vele financiële diensten en producten, het feit dat deze de consument vaak voor lange tijd binden (bv. pensioensparen, levensverzekering, hypothecair krediet) en het feit dat zij (mede daardoor) vaak een grote financiële impact hebben of kunnen hebben.¹¹

¹¹ V. COLAERT en T. VAN DYCK, “Financial Services” in H.W. MICKLITZ, J. STUYCK and E. TERRY (eds.), *Casebook Consumer Law*, Oxford, Hart Publishing 2010, 371. Specifieke regels ter bescherming van de financiële consument hebben, gelet op de complexiteit van financiële diensten en producten, vaak een ruimere beschermingsradius dan algemene consumentenwetgeving. Bv. inzake beleggingsdiensten zijn de MiFID-gedragsregels van toepassing ten aanzien van alle “niet-professionele beleggers”. Dit is een restcategorie, waarvan alleen een limitatieve lijst van professionele beleggers is uitgesloten (o.m. andere financiële instellingen en zeer grote ondernemingen, zie art. 4 (1), 10° en 11° Bijlage II.1 bij MiFID II-Richtlijn 2014/65/EU). Dit betekent dat, anders dan in het gemene consumentenrecht, waar consumenten gedefinieerd worden als natuurlijke personen die handelen buiten hun beroepswerkzaamheden (zie bv. art. 2 a)) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken 2005/29/EG), ook kmo's en natuurlijke personen die handelaar zijn, worden beschermd door de gedragsregels.

11. *Keerzijden van eenzelfde medaille* – Soms wordt getracht financieelrechtelijke regels in te delen in categorieën in functie van de vraag of zij marktstabiliteit, marktintegriteit dan wel consumentenbescherming beogen. Nochtans mag niet uit het oog verloren worden dat deze doelstellingen meestal keerzijden zijn van eenzelfde medaille en dat regels zelden slechts één van deze doelstellingen nastreven.¹²

¹² Dit blijkt bv. wanneer de doelstellingen van het depositogarantiestelsel onder de loep genomen worden. In geval van onvermogen van een kredietinstelling om deposito's terug te betalen (bv. door faillissement), betaalt het depositogarantiefonds de deposito's van elke spaarder terug ten belope van maximaal 100.000 EUR (art. 6 van Depositogarantierichtlijn 2014/49/EU). Deze maatregel lijkt op het eerste gezicht te zijn ingegeven door de bezorgdheid de financiële consument te beschermen tegen verlies van deposito's. De dieperliggende reden om een dergelijk systeem te voorzien, is echter om, wanneer een kredietinstelling in de problemen komt, te vermijden dat spaarders massaal hun deposito's zouden weghalen bij deze kredietinstelling (zogenaamde *"run on the bank"*). Wanneer dit zou gebeuren, zou de financiële instelling immers een belangrijk deel van haar middelen verliezen en pas echt, of nog dieper, in de problemen geraken. Gelet op het systemisch risico dat de financiële sector kenmerkt, kunnen deze problemen gemakkelijk overslaan naar andere financiële instellingen en in extreme gevallen zelfs de volledige financiële sector destabiliseren. De belangrijkste bedoeling van het depositogarantiesysteem is dan ook om ervoor te zorgen dat kleine spaarders te allen tijde hun vertrouwen in het systeem behouden om op die manier de stabiliteit van de financiële sector te bewaren. Consumentenbescherming en financiële stabiliteit gaan dus hand in hand. Zie o.m. BERNET en WALTER, "Design, structure and implementation of a modern deposit insurance scheme", SUERF, The European Money and Finance Forum, Vienna 2009, 8; EUROPEAN COMMISSION, Impact Assessment – Accompanying document to the Proposal for a Directive .../.../EU of the European Parliament and of the Council on Deposit Guarantee Schemes [recast], Brussels 12 July 2010, SEC(2010) 834 final, 27, waar de doelstellingen van de richtlijn worden omschreven als: *"maintaining financial stability by strengthening depositor confidence and protecting their wealth"*.

12. *Europese doelstelling – “Level playing field”* – Het belang van de financiële sector als motor van economische groei is uiteraard ook de Europese wetgever niet ontgaan. In dit domein is daarom, misschien meer nog dan in andere sectoren, enorm ingezet op het creëren van een interne markt. Door een doorgedreven harmonisatie van het financieel recht moeten de juridische belemmeringen voor financiële instellingen om actief te zijn in een andere lidstaat, zo veel mogelijk worden uitgeschakeld. Het creëren van een gelijk speelveld (“*level playing field*”) is dan ook een belangrijke doelstelling van het Europees financieel recht.¹³

4. Europeanisering en internationalisering leiden tot een spiraal van toenemende financiële regulering

13. *Globalisering vereist meer regulering* – Ook op internationaal niveau worden steeds meer standaarden uitgewerkt inzake financieel recht. Anders dan op Europees niveau gebeurt dit echter niet met het oog op de *creatie* van een eengemaakte markt, maar als noodzakelijk *antwoord* op een niet te stuiten globalisering van de finan-

¹³ Deze “integratiedoelstelling” is de reden, grondslag en verantwoording waarom Europa regelgevend optreedt en houdt in dat de regels van toepassing op financiële instellingen worden geharmoniseerd. Bij het vaststellen van op Europees niveau geharmoniseerde regels moet echter ook een inhoudelijk beleid gevoerd worden. Er moeten m.a.w. criteria en doelstellingen worden geformuleerd om inhoud te geven aan deze regels. Het is in deze fase dat de andere doelstellingen – beleggersbescherming, marktintegriteit en marktstabiliteit – op de voorgrond treden: de regels worden geharmoniseerd op een wijze die marktstabiliteit, marktintegriteit en een hoog niveau van beleggersbescherming moet bevorderen.

ciële sector. Via internationale gedragscodes wordt getracht om dezelfde basisstandaarden in een groot deel van de wereld te laten gelden¹⁴, om op die manier een vlucht naar de minst gereguleerde financiële markt en een zgn. “*race to the bottom*” te vermijden. Internationale standaarden moeten op die manier het systemisch risico aan banden leggen, dat door toenemende globalisering en interconnectiviteit van financiële instellingen en markten een wereldwijde dimensie heeft gekregen.¹⁵

14. *Neveneffect van internationale standaarden* – Internationalisering en europeanisering van het financieel recht vergemakkelijken op hun beurt echter ook verdere globalisering: het wordt makkelijker voor financiële instellingen om grensoverschrijdende diensten aan te bieden, daar zij minder gehinderd worden door verschillende regelgeving. Lokale financiële problemen verkrijgen daardoor nog sneller een internationale systemische dimensie.¹⁶ Het enige antwoord dat de Europese en internatio-

¹⁴ Voorbeelden zijn er te over: o.m. de talrijke standaarden van invloedrijke comités als het Basel Committee on Banking Supervision (o.m. inzake minimale kapitaalvereisten voor banken (zie voetnoot 2)); de International Association of Deposit Insurers (o.m. “Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems. A methodology for compliance assessment”, December 2010); IOSCO (zie o.m. voorbeelden in voetnoot 17).

¹⁵ Zie o.m. G. GARCIA en M. NIETO, “Preserving financial stability: a dilemma for the European Union?”, *Contemporary Economic Policy*, 2007, 457: “It is recognized that globalization involves benefits and challenges — the latter including the need to preserve financial stability when banks cross national borders while the laws and regulations that govern them and the safety nets that protect them do not”.

¹⁶ Zie impliciet het “Consultation Report” van de IOSCO Task Force on Cross-Border Regulation dat als doelen stelt van “passporting” o.m.

nale wetgevers vandaag lijken te kunnen bieden¹⁷, is meer en betere regulering.

B. Tweede pijler: financieel toezicht

15. *Toezicht* – Naast financiële wetgeving is een tweede belangrijke pijler voor een goed functionerend financieel-rechtelijk systeem: het toezicht op de naleving ervan.¹⁸

enerzijds “to facilitate market access, enhance competition and improve capital flows by providing market participants with efficient access to the entire EU market”, en anderzijds “to guard against systemic risks in the face of increased access to foreign services, products and market infrastructures” (p. 30).

Zie M. ANDENAS en I. CHIU, “Financial Stability and Legal Integration in Financial Regulation”, *European Law Review* 2013, 336: “Commentators have supported legal integration in EU financial regulation on the basis of the high actual level of market integration in the wholesale financial and banking sectors. Market integration has resulted in increasing levels of cross-border activities, which could give rise to issues of supervisory efficacy and crisis management in case of cross-border spill-over effects.”

¹⁷ Zoals hieronder aangegeven (voetnoot 30), ijveren sommigen voor een ander antwoord, namelijk schaalverkleining. Dit is echter niet de piste die de Europese en internationale wetgevers vandaag willen volgen.

¹⁸ Zowel op nationaal als op Europees niveau is de structuur van het financieel toezicht de afgelopen jaren doorgedreven hervormd. In deze bijdrage wordt hierop niet verder ingegaan. Zie over de hervorming van de Europese toezichtsstructuur waarbij met ingang van 1 januari 2011 drie “European Supervisory Authorities” werden ingevoerd o.m. E. FERRAN, “Understanding the New Institutional Architecture of EU Financial Market Supervision” in G. FERRARINI, K.J. HOPT en E. WYMEERSCH (eds.), *Financial Regulation and Supervision: A post-crisis analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2012. Over de introductie van een Europese “Single Supervisory Mechanism” in de banksector als eerste pijler van de bankenunie, o.m. E. FERRAN en V. BABIS, “The

Hieronder worden kort de hoofddoelstelling en aanpak van financieel toezicht geëxpliciteerd.

16. *Publiekrechtelijk toezicht in het algemeen belang* – De hoofddoelstelling van financieel toezicht is het vertrouwen van het publiek bewaren in de goede werking van de financiële markt en in de naleving van financiële regulering door de financiële sector.¹⁹ Het gaat er eerder om te verzekeren dat de financiële instelling de nodige maatregelen treft om de regels *structureel* na te leven, dan om te garanderen dat de regels *in elk individueel geval* volledig worden nageleefd.²⁰

Dit betekent dat publiekrechtelijk toezicht vooral betrekking moet hebben op de structuren en standaard-documentatie die de financiële instelling hanteert ter naleving van het financieel recht.²¹ Schendingen die het gevolg zijn van een structureel probleem moeten worden aangepakt door publiekrechtelijk toezicht.²² Doelstelling

Single Supervisory Mechanism” (March, 2013), University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 10/2013, beschikbaar via SSRN, 30 p.

¹⁹ Zie o.m. I. GIESEN, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Mechelen, Kluwer, 2005, 31, 33 en 34.

²⁰ Vgl. voor Belgisch recht: D. VAN GERVEN, “De Commissie voor het bank-, financie- en assurantiwezen, een jaar na de hervorming”, *TFR* 2004, 838: “Zij heeft niet als taak om de belangen van de ene of andere belegger of consument te behartigen.”

²¹ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Principles for the Sound Management of Operational Risk*, juni 2011, 2: “Supervisors conduct, directly or indirectly, regular independent evaluations of a bank’s policies, processes and systems related to operational risk as part of the assessment of the Framework”.

²² Zie ook A. SCHELTEMA en M. SCHELTEMA, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2009, 44: “In het

van publiekrechtelijk toezicht is m.i. echter niet om individuele onregelmatigheden, die het gevolg zijn van een toevallige individuele fout, te sanctioneren. Daartoe dient desgevallend privaatrechtelijke²³ of strafrechtelijke handhaving.²⁴

Relaties van de financiële instelling met individuele cliënten dienen uiteraard wel een onderdeel uit te maken van het publiekrechtelijk toezicht. Specifieke schendingen in een individuele cliëntrelatie kunnen bijvoorbeeld een aanwijzing en een veruitwendiging zijn van een algemener, structureel probleem. Klachten van individuele cliënten kunnen de aanleiding vormen voor een grondigere doorlichting van de betrokken financiële instelling. De controle van structuren en documentatie kan ook steekproefsgewijs worden aangevuld met een doorlichting van individuele cliëntenrelaties.

17. *Toezicht en naleving* – De finaliteit en focus van publiekrechtelijk toezicht wijzen reeds op de manier waarop naleving van de regels door de rechtsonderhorige moet geschieden: de nadruk ligt op een *organisatie* die een correcte naleving *structureel* mogelijk maakt.

bestuursrecht staan de publieke belangen voorop. Die betreffen onder meer het bestrijden van verschillen in informatie en professionaliteit tussen marktpartijen. Bescherming van consumenten valt daaronder, al gaat het vooral om het scheppen van optimale condities voor een goede marktwerking en dus om de structurele elementen die daaraan bijdragen. In het privaatrecht gaat het juist om de goede afhandeling van de afzonderlijke overeenkomsten en het beschermen van de individuele consument.”

²³ Bv. bij schending van de MiFID-gedragsregels.

²⁴ Bv. in geval van *insider dealing* of marktmisbruik.

Het credo van de financiële toezichthouder lijkt in die zin steeds nadrukkelijker te wijzigen van “leef de regels na” naar “organiseer u zo dat u de regels naleeft”.²⁵

C. Derde pijler: naleving

18. Belang van naleving – Financieel recht wil marktstabiliteit, marktintegriteit en beleggersbescherming bevorderen. Als de toevloed aan nieuwe regels een correcte naleving ervan door financiële instellingen onmogelijk maakt, worden die doelstellingen echter verre van bereikt. De vraag rijst dan ook hoe de rechtsonderhorige de recente vloedgolf aan financieelrechtelijke regels nog kan kennen, laat staan de naleving ervan kan verzekeren. Een derde pijler van een adequaat financieelrechtelijk systeem is dan ook wetsnaleving.

19. Naleving vereist schaal – Risico's – Naleving van de regels is uiteraard van belang in alle geledingen van de samenleving. De reden waarom aan wetsnaleving meer aandacht wordt besteed in de financiële sector dan in de meeste andere sectoren, is te vinden in de explosieve toename van veelal complexe regulering. Vandaag moet worden vastgesteld dat er zoveel regulering bestaat dat

²⁵ Zie bv. m.b.t. de gedragsregels: ESMA/2012/387, “Richtsnoeren met betrekking tot bepaalde aspecten van de MiFID-geschiktheidseisen”, 25 juni 2012, het tweede en het achtste richtsnoer, die zeer sterk de nadruk leggen op beleidsregels en procedures met het oog op de naleving van de ken-uw-cliëntvereisten. Zie hierover V. COLAERT, “De MiFID geschiktheidsbeoordeling: naar een beter georganiseerde kennis van cliënt en product”, *BFR* 2012, 268, nr. 143.

het simpelweg kunnen naleven van alle regels een zekere schaal vereist. Met slechts enkele juristen kan een bank de naleving van het wetgevend kader niet meer garanderen. Meer regels werken schaalvergroting en fusies dan ook in de hand: kleine financiële instellingen kunnen de vloedgolf aan regels niet verwerken en dreigen als het ware uit de markt te worden “geregeld”.²⁶

Meer fusies leiden op hun beurt tot meer “systemisch relevante instellingen”²⁷ en een daaraan gekoppelde ver-

²⁶ Zie bv. J. SIEGEL in een artikel van C. HARPER “Too Big to Fail Rules Hurting Too Small to Compete Banks”, Bloomberg 28 februari 2013: “Small banks will seek mergers because their management teams are aging and new regulations are too costly to bear, he says. If you need one major overriding theme of the industry in the next three, five, seven, 10 years: massive consolidation, thousands of banks,” says Siegel, whose firm managed \$5.1 billion as of the end of last year and invests in small banks. In the U.S., “I do see probably anywhere from 2,000 to 4,000 banks being swallowed up, and what you’ll see then is a more concentrated system”; verder in dit artikel ook “JPMorgan’s Dimon, a critic of regulations he views as unnecessary or excessive, has recently touted the benefits. He told Citigroup analysts this month that new rules will help banks such as JPMorgan, the largest in the U.S., win market share from smaller competitors, the analysts wrote in a report. In Dimon’s view, they wrote, the changes will make it more expensive and tend to make it tougher for smaller players to enter the market, effectively widening JPM’s ‘moat’. The new rules, it turns out, may be doing more to shield banks from competition than to make them safer.”

In die zin ook Luc COENE, voorzitter van de Nationale Bank van België: “Maar ook de informatiesystemen die elk van die banken moeten aanhouden, zijn te duur. Banken zouden dus beter fuseren of door buitenlandse partijen worden opgekocht.” ... Uit “Zeker één Belgische grootbank moet verdwijnen”, *De Standaard* 31 oktober 2014.

²⁷ W. BUITER, *Financial Times* 24 juni 2009: “The too big to fail problem has been central to the degeneration and corruption of the financial system in the north Atlantic region over the past two decades. The ‘too large to fail’ category is sometimes extended to become the ‘too big to fail’, ‘too interconnected to fail’, ‘too complex to fail’ and ‘too interna-

hoging van het systemisch risico.²⁸ Vooraanstaande economen pleiten daarom voor een beperking van schaal en kleinere financiële instellingen.²⁹ De vraag rijst hoe dit te

tional' to fail problem, but the real issue is size. ... Size is the core of the problem; the other dimensions (interconnectedness, complexity and international linkages) only matter (and indeed worsen the instability problem) if the institution in question is big."

²⁸ Luc COENE merkt dit op, maar ziet er geen probleem in: "Ook over het feit dat banken op die manier nog groter worden, en dus "too big to fail", maakt hij zich weinig zorgen. Het is een risico waar we aandachtig voor moeten zijn, maar de bedoeling is om tegen dan over bijkomende instrumenten te beschikken om controles te kunnen uitoefenen. Het probleem is niet dat banken te groot worden, maar wel dat ze onvoldoende kapitaal hebben om alle risico's te dekken." Uit "Zeker één Belgische grootbank moet verdwijnen", *De Standaard* 31 oktober 2014. Vgl. J. DERMINE en D. SCHOENMAKER: "In banking, is small beautiful?", *Financial markets, institutions and instruments* 2010, 1-19.

²⁹ Zie o.m. F. VALLASCAS en K. KEASEY, "Bank resilience to systemic shocks and the stability of banking systems: Small is beautiful", *Journal of International Money and Finance* 2012, 1745-1776. Zo ook N. ROUBINI, "If a financial institution is too big to fail, it's too big. If it's too big, we should break it up", geciteerd door I. GUIDER en L. FAHY, "Roubini says bank mergers may create 'Bigger Monster'", Bloomberg 5 november 2009; P. DE GRAUWE: "Een van de belangrijkste lessen van de financiële crisis is wel dat grote banken heel gevaarlijk zijn. De crisis kwam er niet omdat de banken te klein, wel omdat ze te groot waren. Waarom is omvang een probleem in het bankenlandschap? Het antwoord kent nu ongeveer iedereen die zich met banken bezighoudt: grote banken zijn too big to fail." ... "Het onvermogen van de toezichhouders om de grote banken te dwingen meer kapitaal aan te houden heeft alles te maken met, ja, het feit dat die banken groot zijn en dus ook over veel politieke macht beschikken. Het idee dat de toezichhouders grote banken in het gareel kunnen houden is een fictie. Ze kunnen alleen kleine banken disciplineren. Dat is ook de reden waarom banken klein moeten zijn." (Uit: "Maak de Belgische grootbanken niet nog groter", *De Morgen* 3 november 2014).

Vgl. de volgende Australische maatregel: "Australia has followed a clear and sound competition policy with the Four Pillars approach to its major banks (the four medium-sized oligopolies are not permitted to

rijmen valt met de naleving van een imposant regelgevend kader.³⁰

Maar ook voor grote financiële instellingen vormt de loutere hoeveelheid aan regels een probleem. Het wordt bijzonder moeilijk om het geheel te overzien: het geheel van de structuur van de financiële instelling; het geheel van haar activiteiten; het geheel van haar mogelijke risico's; het geheel van na te leven regels. Er is niet langer één persoon die het overzicht bewaart.

merge and hence they did not compete excessively in the securities area)." (OECD, *The financial crisis. Reform and exit strategies*, 2009, 19). Niet iedereen is het eens met deze oplossing, zie voetnoot 29.

³⁰ Heel wat wetgeving geeft aan dat de toepassing ervan proportioneel moet zijn en dat het regelgevingskader moet zijn afgestemd op de diversiteit in omvang, structuur en bedrijf van de financiële instellingen (zie met name considerans 11 en 22 (1) van de MiFID Uitvoeringsrichtlijn 2006/73/EG, art. 74 CRD IV Richtlijn 2013/36; zie ook BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Principles for the Sound Management of Operational Risk*, juni 2011, 2: "*The Committee intends that when implementing these principles, a bank will take account of the nature, size, complexity and risk profile of its activities*", verder ook p. 7, principe 2). Dergelijke regels spelen duidelijk in op de bekommernis dat kleinere financiële instellingen niet de mogelijkheid hebben om zeer complexe structuren op te zetten. Het kan echter niet de bedoeling zijn van deze regels dat kleinere financiële instellingen het minder nauw zouden moeten nemen met de naleving van de regels of dat daar minder nauwgezet op toegezien zou moeten worden door de toezichthouder. De spaarder/belegger verdient uiteraard evenveel bescherming wanneer hij of zij diensten afneemt van een kleine instelling als wanneer hij of zij diensten afneemt van een grote instelling. M.i. moeten dergelijke regels worden begrepen vanuit het feit dat voor een kleinere instelling wellicht in bepaalde gevallen minder complexe structuren vereist zijn om de wet na te leven dan voor grotere instellingen, met name voor zover een kleinere instelling minder verscheiden activiteiten ontwikkelt en derhalve bv. minder onderhevig is aan belangenconflicten).

20. *Compliancefunctie* – Een belangrijke wettelijke stap die het belang van een correcte naleving door de rechts-onderhorige in de verf heeft gezet, en meteen ook aangeeft dat dit in de financiële sector minder evident is dan in veel andere domeinen, is de introductie geweest van een verplichte “compliancefunctie”³¹ als één van de drie onafhankelijke “controlefuncties” van kredietinstellingen.³²

³¹ Op internationaal niveau heeft het Basel Committee on Banking Supervision in april 2005 een high level paper uitgebracht over “Compliance and the compliance function in banks”. Op Europees niveau heeft EBA in september 2011 richtsnoeren uitgebracht inzake interne governance, waarin ook de noodzaak van een compliancefunctie en de principes waaraan deze moet voldoen, werden gespecificeerd. Zie met name paragraaf 28 (3): “Elke kredietinstelling moet een permanente en doeltreffende compliancefunctie instellen en een persoon aanwijzen die binnen de gehele instelling en de groep deze functie uitoefent (compliance officer of hoofd compliance).” (EBA-Richtsnoeren inzake interne governance (GL44), EBA BS 2011 116 definitief, 27 september 2011, 26, paragraaf 28 (3)).

Specifiek met betrekking tot beleggingsdiensten heeft ESMA vervolgens “Richtsnoeren met betrekking tot bepaalde aspecten van de MiFID-eisen voor de compliancefunctie” uitgevaardigd op 25 juni 2012 (ESMA 2012/388).

Zie voor een historisch overzicht van de wettelijke vereiste tot invoering van een compliancefunctie in België: I. DE MEULENEERE, “Compliance in een nieuw regelgevend kleedje” in AEBDF, *20 jaar bankwet*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 145-153.

³² Zie art. 22 en annex V van CRD IV Richtlijn 2013/36/EU; EBA-Richtsnoeren inzake interne governance (GL44), EBA BS 2011 116 definitief, 27 september 2011, p. 12, para 8.2 (h): “De belangrijkste verantwoordelijkheden van het leidinggevend orgaan betreffen onder andere de vaststelling van en het toezicht op ... een adequaat en doeltreffend kader voor interne controle dat voorziet in doelmatige functies van risicobeheersing, compliance en interne audit, alsmede een deugdelijk raamwerk voor financiële verslaglegging en boekhouding”. Vgl. randnummer 32 in verband met de zgn. “three lines of defense”.

De compliancefunctie dient het compliancerisico te beheren, *i.e.* het heersende of verwachte risico voor inkomsten en kapitaal dat voortvloeit uit het verzuim om wet- en regelgeving, voorschriften, overeenkomsten, voorgeschreven praktijken of ethische normen na te komen.³³

Het is de taak van de compliance officer om aan het leidinggevend orgaan advies te verstrekken over wet- en regelgeving en voorschriften en normen waaraan de instelling moet voldoen. De compliancefunctie moet de toepasbaarheid van de nalevingsprocedures en -richtsnoeren verifiëren, alle tekorten onmiddellijk opvolgen en waar nodig voorstellen tot wijziging formuleren.³⁴ Hij moet ook verifiëren of nieuwe producten en nieuwe procedures voldoen aan het geldende juridische kader en aan bekende op handen zijnde wijzigingen in de wet- en regelgeving en toezichtvereisten.³⁵

Uit de omschrijving van de compliancefunctie blijkt opnieuw de idee dat het *naleven* van de regels, gelet op de hoeveelheid regulering, niet mag afhangen van het *ken-*

³³ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Compliance and the compliance function in banks*, april 2005, 13, principe 7; EBA-Richtsnoeren inzake interne governance (GL44), EBA BS 2011 116 definitief, 27 september 2011, 36, nr. 1.

³⁴ Zie o.m. BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Compliance and the compliance function in banks*, april 2005, 14, nrs. 36 en 39.

³⁵ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Compliance and the compliance function in banks*, april 2005, 13, para 35; EBA-Richtsnoeren inzake interne governance (GL44), EBA BS 2011 116 definitief, 27 september 2011, 37, para 28.5-6; BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Consultative Document – Guidelines. Corporate governance principles for banks*, oktober 2014, 28, principe 9, paragraaf 135.

nen van de regels door alle individuen die deze moeten naleven.

III. SYSTEMATISERING ALS OPLOSSING VOOR HET NALEVINGSPROBLEEM?

A. *Achtergrond*

21. *Systematisering* – Een oplossing voor het nalevingsprobleem wordt vandaag in toenemende mate gevonden in systematisering. Om het hoofd te kunnen bieden aan het wijde gamma aan financieelrechtelijke regels, wordt de naleving van die regels zo veel mogelijk in een systeem gegoten, veelal een IT-oplossing, een computermodel, waarbij een reeks gegevens wordt ingevoerd in het systeem en de computer a.h.w. een wetsconforme oplossing “uitspuwt”.

22. *Evolutie* – Systematisering wordt uiteraard al langer aangewend door spelers op de financiële markten. Ratingbureaus maken sinds jaar en dag gebruik van modellen om een rating toe te kennen aan ondernemingen of financiële producten.³⁶ Ook inzake kredietverlening zijn geautomatiseerde “credit scoring”-systemen

³⁶ Rating agencies gebruikten deze modellen oorspronkelijk enkel om op een efficiënte wijze hun ratings te bepalen en niet om wetsnaleving te vergemakkelijken. Hieronder zullen we aantonen hoe de wetgever daarop ingepikt heeft en het gebruik van deze modellen aan strikte regels heeft onderworpen (*infra* nr. 36-39). Toch is het voorbeeld van de modellen van rating agencies zeer relevant omdat het op treffende wijze de problemen van systematisering aantoont (*infra* nr. 30).

gemeengoed om te bepalen of een consument of bedrijf een krediet kan verkrijgen en tegen welke voorwaarden.³⁷ Bij deze voorbeelden van systematisering ging de automatisering de regelgeving vooraf en heeft de wetgever het gebruik van deze systemen vervolgens wettelijk omkaderd (*infra* nrs. 36, 37 en 39).

Steeds vaker worden echter systemen gebouwd specifiek om wetsnaleving te faciliteren. Antiwitwaswetgeving vereist bv. dat financiële instellingen verdachte transacties melden. Om deze te detecteren, moeten alle cliëntentransacties worden getoetst aan een aantal criteria. Computersoftware faciliteert deze taak via automatische transactie-monitoring.³⁸ Telkens wanneer een groot cashbedrag wordt aangeboden³⁹ of wanneer een abnormale transactie gebeurt op een rekening van een cliënt⁴⁰, genereert het systeem een automatisch “alert”. Op die manier is het melden van verdachte transacties niet meer louter afhankelijk van de aandacht van individuele personeelsleden, maar wordt elke verdachte transactie automatisch gesignaleerd.

³⁷ Gegevens over het inkomen van de consument, zijn financiële lasten, maar ook zijn kredietgeschiedenis (heeft hij of zij eerder een betalingsachterstand geboekt), en zelfs zijn of haar woonplaats bepalen de waarschijnlijkheid dat een consument zijn krediet niet zal kunnen terugbetalen, in functie waarvan een lagere of hogere interestvoet wordt aangerekend op het krediet (voor zover het wordt toegekend). Zie hierover o.m. L. THOMAS *et al.*, *Credit Scoring and its Applications*, SIAM 2002, 1 en 3.

³⁸ Zie onder meer T. WORSTALL, “Standard Chartered Faces Another, Absurd, Anti-Money Laundering Fine”, *Forbes*, 8 juli 2014.

³⁹ Art. 7(b) van de Antiwitwasrichtlijn 2005/60/EG; art. 10(b) van het Voorstel tot nieuwe Richtlijn COM/2013/045 final.

⁴⁰ Art. 8(1)(d) van de Antiwitwasrichtlijn 2005/60/EG; art. 11(1)(d), 13(3) en 16(2) van het Voorstel tot nieuwe Richtlijn COM/2013/045 final.

Vervolgens zal de verantwoordelijke binnen de instelling (bv. de compliance officer) beoordelen of een intern “alert” inderdaad moet resulteren in een melding.⁴¹

Recenter is de ontwikkeling waarbij dit fenomeen van systematisering als nalevingsoplossing op een steeds meer doorgedreven manier wordt toegepast in de relatie tussen de financiële instelling en de cliënt. Financiële instellingen die aan vermogensbeheer of beleggingsadvies doen, maken gebruik van systemen om een geschikt product te koppelen aan de juiste cliënt. Bij wijze van voorbeeld wordt dit laatste fenomeen verder uitgewerkt.

23. Voorbeeld: systematisering bij de naleving van de MiFID-ken-uw-client-verplichtingen – Om een cliënt advies op maat te kunnen verstrekken, vereist de wet dat de financiële instelling de cliënt bevraagt over zijn kennis en ervaring, zijn beleggingsdoelstellingen en zijn finan-

⁴¹ Ook inzake het vermijden van belangenconflicten is computersoftware cruciaal. De MiFID vereist dat beleggingsondernemingen en kredietinstellingen zich zo organiseren dat zij vermijden dat belangenconflicten de belangen van hun cliënten schaden (art. 18 (2) van Richtlijn 2004/39/EG, intussen vervangen door art. 16 (3) van Richtlijn 2014/65/EU). Financiële instellingen werken bv. met afgescheiden delen in het informatiesysteem (“Chinese walls”), waarbij personeel slechts toegang heeft tot die informatie die hij of zij echt nodig heeft (“need to know basis”). Voor toegang tot bepaalde delicate informatie moet machtiging worden verkregen. Om belangenconflicten te vermijden, moeten voor elk nieuw dossier de gegevens van de cliënt en eventuele betrokken tegenpartijen worden ingevoerd. Het computersysteem laat dan toe om, niettegenstaande de Chinese wall, eventueel conflicterende transacties te detecteren. Dit wordt vervolgens voorgelegd aan een daartoe bevoegd persoon – veelal een compliance officer – die instructie geeft hoe moet worden omgegaan met het gedetecteerde conflict.

ciële draagkracht.⁴² Op basis van de antwoorden wordt voor de cliënt een beleggingsprofiel opgesteld.

Vroeger kwam een dergelijk beleggingsprofiel tot stand tijdens een informeel gesprek tussen een bankmedewerker en de cliënt. Vandaag wordt een uitgebreide, gestandaardiseerde vragenlijst voorgelegd aan de cliënt, die – in het beste geval tijdens een bijeenkomst met de bankmedewerker, maar steeds vaker in een online omgeving – door de cliënt moet worden ingevuld. Veel ruimte voor flexibiliteit is daar niet meer. Het systeem moet worden gevolgd. Er is meestal niet de mogelijkheid om vragen, die voor bepaalde cliënten minder relevant zijn, over te slaan. Cliënten kunnen dit aanvoelen als een aanslag op hun privacy.

De antwoorden op de vragenlijst worden vervolgens geautomatiseerd verwerkt: aan elk antwoord wordt een score en een weging toegekend. De cliënt krijgt op basis daarvan een totaalscore die hem doet belanden in één van vijf of zes door de financiële instelling gehanteerde beleggersprofielen. Hij wordt gecatalogeerd als een cliënt met een defensief of conservatief profiel als hij liever minder risico opneemt, minder kennis en ervaring of een lagere financiële draagkracht heeft; hij krijgt een dynamisch of progressief profiel wanneer hij bereid is meer risico op verlies te nemen op de financiële markten, meer kennis en ervaring heeft en een hogere financiële draagkracht.⁴³

⁴² Art. 19(5) MiFID 2004/39/EG, vervangen door art. 25 MiFID II 2014/65/EU.

⁴³ Men kan zich daarbij afvragen in welke mate deze terminologie zelf niet reeds misleidend of minstens geladen is: de termen ‘dynamisch’ en ‘defensief’ zijn niet neutraal-beschrijvend, maar hebben voor de meeste mensen een positieve (dynamisch) of negatieve (defensief) con-

Ook elk product dat wordt aangeboden door de bank wordt ingedeeld in een risicocategorie. In een laatste fase worden aan elk van de beleggersprofielen daarbij passende producten gekoppeld.

Door het computersysteem wordt als het ware met mathematische zekerheid vastgesteld welke producten geschikt zijn voor de cliënt.

B. Voordelen van systematisering

24. *Overzicht* – Via systematisering, grotendeels computergestuurd, wordt de menselijke tussenkomst bij de naleving van wetgeving sterk gereduceerd. Koud als dit mag lijken, heeft een dergelijke werkwijze enkele ontegenzeggelijke voordelen. Vooreerst wordt daardoor vaak een aanzienlijke efficiëntiewinst gerealiseerd. Bovendien wordt de kans op individuele menselijke fouten sterk verminderd.

1. Efficiëntiewinst

25. *Snelheid* – Door processen die voorheen handmatig gebeurden, te systematiseren – onder meer door tussenkomst van computermodellen – wordt het proces aanzienlijk versneld.

Opvallend is dat zeer recente wetgeving deze efficiëntie door middel van systematisering ook verwacht en

notatie. Zie in deze zin reeds eerder: V. COLAERT, *De rechtsverhouding financiële dienstverlener-belegger*, Brugge, die Keure, 2011, 490, nr. 1098.

(minstens impliciet) oplegt. De nieuwe Depositogaranti Richtlijn 2014/49/EU van 16 april 2014 heeft de uitbetalingstermijn door depositogarantiefondsen verkort van 20 tot 7 werkdagen nadat de bevoegde autoriteit of een rechterlijke overheid de onbeschikbaarheid van een deposito die verschuldigd en betaalbaar is, heeft bevestigd.⁴⁴ Dit is een extreem korte termijn wanneer men bekijkt welke reeks van handelingen tijdens die periode moet worden gesteld:

- het depositogarantiefonds moet de benodigde informatie over deposanten en deposito's opvragen van de kredietinstelling;
- de kredietinstelling moet een lijst met deze informatie opstellen en bezorgen aan het depositogarantiefonds;
- op basis van deze informatie moet het depositogarantiefonds het recht op uitbetaling van elke deposant vaststellen;
- het depositogarantiefonds moet tot uitbetaling overgaan.

De angel voor kredietinstellingen en de link met het thema van deze bijdrage zit in artikel 8(6) van de Richtlijn, dat vereist dat de kredietinstelling de nodige informatie over deposito's en deposanten moet verstrekken "zodra het stelsel daarom verzoekt". Aangezien het depositogarantiestelsel deze informatie nodig heeft om tot uitbetaling te kunnen overgaan en deze uitbetaling in principe dient te gebeuren binnen 7 werkdagen, moet de kredietinstelling deze informatie binnen een tijdspanne van hooguit een paar dagen aanleveren. De benodigde

⁴⁴ Art. 8(2) *jo.* 2(8) en 3(2) van Richtlijn 2014/49/EU.

gegevens zijn echter niet zonder meer voorhanden bij de kredietinstelling. De loutere informatie over alle deposito's en de rechthebbenden daarop, volstaat immers niet opdat het depositogarantiefonds tot uitbetaling zou kunnen overgaan.

Het depositogarantiesysteem voorziet een dekking van 100.000 EUR per *deposant* (niet per deposito). Om de rechten van een deposant te kunnen vaststellen, moet dus niet enkel de som gemaakt worden van zijn persoonlijke spaar-, zicht- en andere in aanmerking komende rekeningen⁴⁵, maar ook van zijn of haar aandeel in gezamenlijke rekeningen. Bovendien zijn de rechten van een deposant op een bepaalde rekening niet steeds duidelijk om andere redenen, zoals bijvoorbeeld een eventueel recht op schuldvergelijking door de kredietinstelling⁴⁶ of een pand ten voordele van de kredietinstelling of andere schuldeisers.

Om op eenvoudig verzoek te kunnen overgaan tot het aanleveren van voor het depositogarantiefonds bruikbare informatie, zullen kredietinstellingen moeten investeren in systemen die toelaten de benodigde informatie met een druk op de knop te genereren. Kredietinstellingen moeten

⁴⁵ Zie de definitie van in aanmerking komende deposito's in art. 2(4) van Depositogarantierichtlijn 2014/49/EU als "*deposito's die niet op grond van artikel 5 zijn uitgesloten van bescherming*".

⁴⁶ Zie art. 7(5), dat de lidstaten toelaat te besluiten dat bij de berekening van het terugbetaalbare bedrag, in bepaalde omstandigheden, rekening wordt gehouden met de verplichtingen van de deposant jegens de kredietinstelling.

Een studie van Ernst & Young kwam echter tot de conclusie dat een dergelijke netting van de aan de deposant terugbetaalbare bedragen, veel duurder is voor de kredietinstelling, gelet op de bijkomende gegevensverzameling en -verwerking die in dat geval nodig is. Zie ERNST & YOUNG, "Fast pay-out study – final report", november 2008, 2.

daartoe een systeem van “*electronic flagging*” van in aanmerking komende deposito’s bouwen. Daarenboven moet ook een zgn. “Single Customer View” worden gecreëerd die een betrouwbaar beeld biedt per cliënt van de som van zijn in aanmerking komende deposito’s. Hiertoe moet een “*data cleansing*”-systeem worden opgezet, dat cliëntengegevens bijhoudt en uitzuivert zodat alle voor dekking in aanmerking komende deposito’s van één cliënt kunnen worden geïdentificeerd en gekoppeld zodra een depositogarantiefonds de nodige informatie opvraagt.⁴⁷

Hoewel de Depositogarantierichtlijn met geen woord rept over *de wijze* waarop kredietinstellingen hun verplichting dienen na te komen om de benodigde informatie aan te leveren “zodra het stelsel daarom verzoekt”, lijkt investeren in doorgedreven systematisering het enige mogelijke antwoord.

2. Minder risico op individuele fouten

26. *Kleiner aansprakelijkheidsrisico* – Minder menselijke tussenkomst betekent ook minder kans op menselijke fouten die leiden tot niet-naleving van de wet. Systemen garanderen dat de wet op een meer systematische manier wordt nageleefd en verkleint de kans op fouten, vergetelheden en nalatigheden.⁴⁸ Voor financiële instellingen betekent dit uiteraard ook minder risico op pri-

⁴⁷ EUROPESE COMMISSIE, JOINT RESEARCH CENTRE, “Report under article 12 of Directive 94/19/EC as amended by Directive 2009/14/EC”, 2010, 5 en ERNST & YOUNG, “Fast pay-out study – final report”, november 2008, 2 en 8.

⁴⁸ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Principles for the Sound Management of Operational Risk*, juni 2011, 15, nr. 51.

vaatrechtelijke aansprakelijkheid of administratieve sancties.

27. *Minimale kwaliteitsgarantie* – Voor zover de regels die gesystematiseerd worden toegepast de bescherming van de cliënt beogen, is uiteraard ook de cliënt in de meeste gevallen gebaat bij een systematische naleving van deze regels. Waar voorheen bijvoorbeeld het uitzoeken van geschikte producten in functie van het beleggingsprofiel van de cliënt vaak berustte op de persoonlijke beoordeling van de individuele beleggingsadviseur, wordt nu centraal aangestuurd welke producten uit het gamma geschikt kunnen zijn voor welke profielen. Voor zover het systeem correct is en nauwgezet wordt gevolgd, zou dan enkel het moedwillig negeren van de resultaten daarvan nog tot ongeschikt advies aanleiding kunnen geven. Het systeem biedt derhalve een minimale kwaliteitsgarantie aan de cliënt.

C. *Nadelen van systematisering*

28. *Overzicht* – Hoewel systematisering onmiskenbaar enorme voordelen heeft, zijn ook de nadelen aanzienlijk. Vooreerst hebben fouten in het systeem automatisch veel verder reikende gevolgen dan wanneer een individuele bankmedewerker de wet in een individueel geval niet naleeft. Ten tweede is aan het bouwen en up-to-date houden van systemen een enorme kostprijs verbonden. Ten slotte kan ook de ontmenselijking die gepaard gaat met systematisering tot ongewenste neveneffecten leiden.

Hieronder worden deze nadelen geanalyseerd en wordt vervolgens telkens een plan van aanpak uitgewerkt.

1. Inaccurate systemen leiden tot systematisch foute resultaten

- a. Probleem

29. *Fout in het systeem: operationeel risico* – De hierboven aangehaalde zinsnede “voor zover het systeem correct is” (randnr. 27) geeft onmiddellijk ook de belangrijkste zwakheid aan van systematisering als nalevingsoplossing. Indien er een fout zit in het systeem, leidt systematisering tot een veel wijdere verspreiding van problemen dan in afwezigheid van systeem het geval zou zijn geweest.⁴⁹ Systematisering houdt op die manier een niet te veronachtzamen operationeel risico in.⁵⁰

⁴⁹ Zie een uitdrukkelijke erkenning van dit probleem in de Basel II-standaarden: “*The substantial impact that errors in the methodology or assumptions of formal analyses can have on resulting capital requirements requires a detailed review by supervisors of each bank’s internal analysis.*” (BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework – Comprehensive Version*, 30 juni 2006, 209, nr. 747).

Zo ook BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Principles for the Sound Management of Operational Risk*, juni 2011, 15, nr. 52: “*The use of technology related products, activities, processes and delivery channels exposes a bank to strategic, operational, and reputational risk and the possibility of material financial loss.*”

⁵⁰ “*Operational risk is defined as the risk of loss resulting from inadequate or failed internal processes, people and systems or from external events. This definition includes legal risk, but excludes strategic and reputational risk*” (BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *International Convergence of Capital Measurement and Capital*

30. *Voorbeeld: rating agencies* – Het voorbeeld van de rating agencies in de aanloop naar de crisis is sprekend. Rating agencies gebruiken computermodellen om op basis van een aantal data tot een rating te komen. Het blijkt echter heel moeilijk om systemen en modellen te bouwen die voldoende verfijnd zijn om rekening te kunnen houden met alle relevante factoren, zeker met zeer onwaarschijnlijke eventualiteiten.⁵¹

Onderzoek naar het verloop van de crisis heeft aan het licht gebracht dat rating agencies zich gedurende lange tijd baseerden op foute en verouderde modellen en op basis daarvan foutieve ratings uitbrachten. Zelfs nadat reeds gebleken was dat de modellen fout waren, bleven bepaalde rating agencies ze gebruiken. Waar het model toch werd aangepast, werden ratings die voordien waren uitgebracht op basis van het foute model, niet herberekend.⁵² Het

Standards: A Revised Framework – Comprehensive Version, 30 juni 2006, 144, nr. 644). Zie ook BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Principles for the Sound Management of Operational Risk*, juni 2011, 3, para. 10: “Operational risk is inherent in all banking products, activities, processes and systems, and the effective management of operational risk has always been a fundamental element of a bank’s risk management programme.”

⁵¹ European Commission Staff Working Document accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on Rating Agencies – Impact Assessment, Brussels, 12 november 2008, SEC(2008)2745, 17-20.

⁵² Zie FINANCIAL CRISIS INQUIRY COMMISSION, *Final Report of the National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States*, januari 2011, 126: “Moody’s, the Commission’s case study in this area, relied on flawed and outdated models to issue erroneous ratings on mortgage-related securities, failed to perform meaningful due diligence on the assets underlying the securities, and continued to rely on those models even after it became obvious that the models were wrong.” Zo ook European Commission Staff Working

levert immers een enorme reputatieschade op om de ratings die op basis van dat model reeds publiek werden gemaakt, aan te passen omdat een fout of onvolkomenheid in het model werd vastgesteld. Wanneer die rechtzetting zou resulteren in een verlaging van de rating (“downgrade”), zou de cliënt, die het ratingbureau betaalt, dit bovendien niet in dank afnemen. Dat dergelijke aanpassingen geen nieuwe inkomsten genereren, stimuleerde evenmin om daar spontaan toe over te gaan.⁵³

De hierboven aangehaalde problemen kunnen zich bij de meeste systemen voordoen. Een onvoldoende verfijnd systeem van transactiemonitoring in het kader van de naleving van de antiwitwaswetgeving kan leiden tot een systematisch niet-melden van verdachte transacties.⁵⁴ Een parallel kan eveneens worden getrokken met de hierboven beschreven geautomatiseerde naleving van de MiFID ken-uw-clientverplichtingen. Een fout in het systeem kan ertoe leiden dat een hele groep cliënten een fout beleggingsprofiel wordt toegekend en bijvoorbeeld te risicovolle beleggingen krijgt aanbevolen. Uit angst voor schadeclaims en reputatieschade is de kans groot dat de bank dit probleem niet rechtzet voor het verleden en niet eens

Document accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on Rating Agencies – Impact Assessment, Brussels, 12 november 2008, SEC(2008)2745, 17-20.

⁵³ J.C. COFFEE, Jr., “The role and impact of credit rating agencies on the subprime credit markets”, Testimony before the Senate Banking Committee on September 26, 2007, 5.

⁵⁴ Zie voor een concreet voorbeeld: T. WORSTALL, “Standard Chartered Faces Another, Absurd, Anti-Money Laundering Fine”, *Forbes* 8 juli 2014.

meldt aan de cliënt, maar hooguit naar de toekomst toe het profiel bijstelt.⁵⁵

b. Aanpak

31. *Overzicht* – Cruciaal is dus dat het systeem klopt, genuanceerd is en rekening houdt met een rijk palet aan mogelijke omstandigheden en details. Uit een grondig onderzoek van de financiële regulering blijkt dat, naast de algemene regel dat een bank dient te voorzien in adequate interne controle, diverse wetgeving in één of ander methode voorziet om de risico's verbonden aan systematisering als wetsnalevingstechniek in te dijen. Daaruit gedistilleerde elementen kunnen deel uitmaken van een globale aanpak van systeemcontrole, dat er als volgt zou kunnen uitzien.

32. *Algemeen: interne controlefuncties* – Heel wat richtsnoeren omkaderen vandaag het risicobeheer in banken in het algemeen, waarbij “*three lines of defence*” bestaan tegen de risico's die een bank loopt. Operationeel management vormt de eerste lijn, verantwoordelijk voor het identificeren, controleren en mitigeren van risico's die een bank loopt bij het uitvoeren van haar activiteiten. De tweede lijn, de risicobeheerfunctie, faciliteert en monitort

⁵⁵ De gebieden waarop de compliancefunctie in het bijzonder dient te focussen, omvatten daarom degene die een reputatierisico voor de bank kunnen opleveren, onder meer omkoping, witwassen, landensancties, billijke behandeling van cliënten en praktijken die ethische vragen doen rijzen. Zie BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Consultative Document – Guidelines. Corporate governance principles for banks*, oktober 2014, 28, para. 138.

de implementatie van effectieve risicobeheerpraktijken door het operationeel management. De compliancefunctie is een belangrijke component van de risicobeheerfunctie⁵⁶, die specifiek het risico op niet-naleving van wetten, reglementen en standaarden moet indijken (zie ook *supra* nr. 20). Als derde lijn beoordeelt de interne auditfunctie op basis van een risicogebaseerde benadering de efficiëntie en effectiviteit van het opzet en de werking van de interne controle en geeft deze aanbevelingen tot verbetering.⁵⁷

Deze interne controlefuncties vervullen uiteraard ook een belangrijke rol bij het indijken van de risico's verbonden aan systematisering als wetsnalevingstechniek. Hieronder wordt specifiek op deze risico's gefocust.

33. *Algemeen: geautomatiseerde processen* – Het gebruik van informaticasystemen in het algemeen wordt in het bankwezen omkaderd door belangrijke principes van risicobeheersing.⁵⁸ De interne auditor moet met name de integriteit van de processen controleren en de

⁵⁶ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Consultative Document – Guidelines. Corporate governance principles for banks*, oktober 2014, 24, 28, principe 9.

⁵⁷ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *The internal audit function in banks*, december 2011, 4, para. 9 en 11 para. 55-59; BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Consultative Document – Guidelines. Corporate governance principles for banks*, oktober 2014, 29, principe 10; EBA-Richtsnoeren inzake interne governance (GL44), EBA BS 2011 116 definitief, 27 september 2011, 37.

⁵⁸ O.m. BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Framework for internal control systems in banking organisations*, september 1998, 18, principe 8; EBA-Richtsnoeren inzake interne governance (GL44), EBA BS 2011 116 definitief, 27 september 2011, 38-40.

betrouwbaarheid waarborgen van de methoden en technieken, aannames en informatiebronnen die in de interne modellen van de instelling worden benut.⁵⁹

De hieronder aangegeven elementen kunnen fungeren als een verfijning van de wijze waarop dergelijke controles kunnen gebeuren, specifiek wat het gebruik van systemen voor doeleinden van wetsnaleving betreft.

34. *Optimale systeembouw: interdisciplinaire samenwerking* – Vooreerst is het uiteraard van belang dat van bij aanvang systemen worden gebouwd die de beoogde doelstelling zo goed mogelijk implementeren. Dit vergt een doorgedreven samenwerking tussen goede juristen, economen en informatici.

35. *Systeeminterne coherentietoets van het resultaat* – Bij het opzetten van een systeem zouden ook zo veel mogelijk systeeminterne controles moeten worden ingebouwd, die een incongruentie in het systeem of in de output daarvan onmiddellijk aan het licht brengen.

Een dergelijke systeeminterne controle wordt vandaag reeds aanbevolen wat betreft systemen voor de naleving van de MiFID ken-uw-cliënt-regels. Voor zover financiële instellingen dergelijke systemen (zoals modelportefeuilles, software voor het spreiden van beleggingen of voor het opstellen van risicoprofielen) gebruiken, wordt vereist⁶⁰ dat zij passende controles hebben die waarborgen dat deze

⁵⁹ EBA-Richtsnoeren inzake interne governance (GL44), EBA BS 2011 116 definitief, 27 september 2011, 37, nr. 4.

⁶⁰ Zie over de rechtskracht van ESMA-Richtsnoeren: V. COLAERT, “De MiFID geschiktheidsbeoordeling: naar een beter georganiseerde kennis van cliënt en product”, *BFR* 2012, 236 e.v., nrs. 6-13.

hulpmiddelen geschikt zijn voor hun doel en bevredigende resultaten opleveren. Zo kan software voor het opstellen van een risicoprofiel bijvoorbeeld controles bevatten op de coherentie van de door cliënten gegeven antwoorden om eventuele tegenstrijdigheden tussen de ingewonnen gegevens aan het licht te brengen.⁶¹

36. *Periodieke systeemtoets* – Vervolgens moet het systeem voortdurend worden bijgespijkerd in functie van evoluties in de markt, de ontwikkeling van nieuwe producten of nieuwe inzichten. Een periodieke controle, bijvoorbeeld jaarlijks, zou daarbij gecombineerd moeten worden met ad hoc-aanpassingen wanneer een fout of incongruentie werd vastgesteld, wanneer de wet wordt gewijzigd of wanneer nieuwe inzichten of technologieën een verfijning of verbetering van het systeem mogelijk maken.⁶²

Ten gevolge van de wantoestanden vastgesteld bij de modellen die credit rating agencies gebruikten ten tijde van het uitbreken van de crisis (*supra* nr. 30), wordt het

⁶¹ ESMA/2012/387, “Richtsnoeren met betrekking tot bepaalde aspecten van de MiFID-geschiktheidseisen”, 25 juni 2012, para. 44 en 58.

⁶² Vgl. BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Principles for the Sound Management of Operational Risk*, juni 2011, 5, para. 20: “Because operational risk management is evolving and the business environment is constantly changing, management should ensure that the Framework’s policies, processes and systems remain sufficiently robust”. Zie specifiek over “sound technology risk management”, 15, para. 52-53.

Zie ook BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Consultative Document – Guidelines. Corporate governance principles for banks*, oktober 2014, 24, principe 7, para 113: “Internal controls help ensure process integrity, compliance and effectiveness.”

gebruik van systemen en modellen door rating agencies tegenwoordig aan strikte regels onderworpen. De gebruikte modellen moeten met name regelmatig worden getest en geëvalueerd.⁶³ De CRA-Verordening vereist bovendien dat wanneer het model wordt aangepast, ook alle op het oude model gebaseerde ratings herberekend worden.⁶⁴

37. *Menselijke toets van het resultaat van het systeem* – Belangrijk is voorts dat de resultaten van het systeem niet zonder meer voor waar worden aangenomen. Bepaalde wetgeving vereist uitdrukkelijk dat de uitkomst van een geautomatiseerde procedure aan een menselijke toets wordt onderworpen.

Het oudste voorbeeld is ongetwijfeld te vinden in de privacywetgeving. Deze kent, op enkele beperkte uitzonderingen na, eenieder het recht toe niet te worden onderworpen aan een besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem in aanmerkelijke mate treft en dat louter wordt genomen op grond van een geautomatiseerde gegevensverwerking die bestemd is om bepaalde aspecten van zijn persoonlijkheid, zoals beroepsprestatie, kredietwaardigheid, betrouwbaarheid, gedrag enz. te evalueren.⁶⁵ Voor de financiële sector is dit met name van

⁶³ Zie art. 8 (3) van Verordening (EU) No 1060/2009 zoals gewijzigd door Verordening (EU) 462/2013.

⁶⁴ Zie art. 8 (6) en (7) van Verordening (EU) No 1060/2009 zoals gewijzigd door Verordening (EU) 462/2013.

⁶⁵ Art. 15 Privacyrichtlijn 95/46/EG, art. 20 van het Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens

belang bij de kredietbeoordeling van cliënten via geautomatiseerde credit-scoring-mechanismes.

Inzake consumentenkrediet bestaat sinds enige tijd een verplichting tot “*responsible lending*”, waarbij de kredietgever geen krediet mag toestaan waarvan hij op voorhand weet of zou moeten weten dat er een aanzienlijke kans bestaat dat de consument dit niet zal kunnen terugbetalen (zie art. 8 Richtlijn Consumentenkrediet).⁶⁶ De eerder aangehaalde credit-scoring-systemen fungeren sindsdien ook als manier om naleving van deze regel inzake *responsible lending* te verzekeren. Privacywetgeving moet echter verzekeren dat een consument nooit louter op basis van een geautomatiseerd credit-scoring-systeem wordt afgewezen.

Een menselijke toets van het resultaat van het systeem wordt, sinds de introductie van de Basel II-normen, ook vereist wat de naleving van de minimale kapitaalvereisten voor kredietinstellingen betreft. In de context van het zgn. “Supervisory Review Process” wordt aan het management van de bank de verantwoordelijkheid gegeven om een intern “capital assessment process” op te zetten en kapitaaltargets vast te stellen die overeenstemmen met het risicoprofiel en de controleomgeving van de bank. Het management moet verzekeren dat de bank een eigen vermogen heeft dat adequaat is om de risico’s van de bank te dragen. Daartoe moet onder meer worden nagegaan of de kwantitatieve minimumkapitaalvereisten, berekend door

(algemene verordening gegevensbescherming), Brussel, 25 januari 2012, COM(2012) 11 final.

⁶⁶ In België was een dergelijke “*responsible lending*”-verplichting reeds opgenomen in art. 15 van de wet van 12 juni 1991 op het Consumentenkrediet (intussen opgenomen in Boek VII WER).

het systeem zoals opgelegd door de Basel-vereisten, volstaan in functie van het specifieke profiel van de bank. Desgevallend moet het management beslissen om een hoger kapitaalniveau aan te houden.⁶⁷

38. *Systeemcontrole door de toezichthouder* – Zoals hierboven (nr. 16) beschreven, is de taak van de toezichthouder in de eerste plaats om na te gaan of de organisatie en systemen van de financiële instellingen volstaan met het oog op een optimale wetsnaleving. De toezichthouder dient derhalve de systemen te toetsen. De finaliteit van deze controle is het verbeteren van de wetsnaleving vanuit de kennis en ervaring die de toezichthouder op dit punt heeft verworven door eerdere controles bij andere financiële instellingen.⁶⁸ Opgemerkt mag worden dat de toezichthouder bij de uitvoering van zijn taak hulp krijgt van binnenuit, daar deze op regelmatige basis communiceert met de interne auditors van de bank om geïdentificeerde risicodomeinen te bespreken, de maatregelen

⁶⁷ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework – Comprehensive Version*, 30 juni 2006, 204, nr. 720-721. Interne audit moet bovendien de processen ontwikkeld door het management om het kapitaalniveau aan stresstests te onderwerpen, evenals de betrouwbaarheid daarvan, nazien. BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *The internal audit function in banks*, december 2011, 8, para. 33.

⁶⁸ Vgl. BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Principles for the Sound Management of Operational Risk*, juni 2011, 2, para. 9: “Supervisors continue to take an active role in encouraging ongoing internal development efforts by monitoring and evaluating a bank’s recent improvements and plans for prospective developments. These efforts can then be compared with those of other banks to provide the bank with useful feedback on the status of its own work.”

genomen door de bank te begrijpen en de reactie van de bank op de geïdentificeerde zwaktes te monitoren.⁶⁹ Bovendien kan de toezichthouder haar expertise vergroten door een beroep te doen op externe auditors.⁷⁰

Uiteraard betekent dit niet dat de toezichthouder garandeert dat een systeem waarbij geen fouten gedetecteerd werden, ook werkelijk foutloos is. De verantwoordelijkheid voor het naleven van de wet en het uitwerken van goede nalevingssystemen ligt bij de financiële instelling.

In de Basel-kapitaalstandaarden werd een dergelijke systeemtoets door de toezichthouder uitdrukkelijk opgenomen als tweede principe in het hierboven reeds genoemde “Supervisory Review Process”. Overeenkomstig dit tweede principe moeten toezichthouders de interne toetsing en strategieën controleren die de bank hanteert aangaande de adequaatheid van het eigen vermogen en nagaan of de bank gedegen interne processen heeft om zelf de adequaatheid van het kapitaal te evalueren.⁷¹

⁶⁹ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *The internal audit function in banks*, december 2011, 13, principe 16.

⁷⁰ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Principles for the Sound Management of Operational Risk*, juni 2011, 2, para. 7.

⁷¹ De Basel II-standaarden werden op dit punt niet aangepast door Basel III: BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework – Comprehensive Version*, 30 juni 2006, 209-210. Zie ook: “Supervisors should assess the degree to which internal targets and processes incorporate the full range of material risks faced by the bank. ... Supervisors should review the bank’s processes to determine that:

- Target levels of capital chosen are comprehensive and relevant to the current operating environment;
- These levels are properly monitored and reviewed by senior management; and

Een uitdrukkelijk aandachtspunt van deze *supervisory review* is de vraag of voldoende rekening gehouden wordt met uitzonderlijke gevallen (vgl. randnr. 30): “Supervisors should also consider the extent to which the bank has provided for unexpected events in setting its capital levels.”⁷²

39. *Systeemtransparantie* – Ten slotte moeten de systemen zo veel mogelijk transparant gemaakt worden, op drie niveaus.

In de eerste plaats dient het systeem intern transparant te zijn. De manier waarop het systeem is gebouwd, moet minutieus gedocumenteerd zijn en gedetailleerde handleidingen moeten worden opgesteld van elk systeem. Dit is van cruciaal belang om een blijvend begrip van het systeem te verzekeren. Door deze interne transparantie moet vooreerst voor alle gebruikers duidelijk zijn wat de limieten van het systeem zijn, op welke premissen het is gebouwd en met welke factoren geen rekening werd gehouden. Bovendien moet deze interne transparantie verzekeren dat later wijzigingen kunnen worden doorgevoerd aan complexe systemen, ook als de oorspronkelijke ontwerpers van het systeem niet meer werken voor de financiële instelling.

Vervolgens dienen alle systemen ook transparant te worden gemaakt voor de toezichthouder, zodat deze een

-
- *The composition of capital is appropriate for the nature and scale of the bank’s business.”*

⁷² BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework – Comprehensive Version*, 30 juni 2006, 210, nr. 750.

efficiënte controle kan uitvoeren en bovendien zgn. “best practices” kan detecteren (*infra* nr. 46).

Op een derde niveau rijst de vraag in hoeverre ook transparantie naar de markt in het algemeen moet worden opgelegd. De CRA Verordening vereist een dergelijke doorgedreven transparantie naar de markt over de door rating agencies gebruikte modellen en eventuele wijzigingen daaraan.⁷³ Dat kan uiteraard geen foutloos systeem garanderen, maar het laat wel toe dat de markt meekijkt naar de nauwkeurigheid van een model (mogelijkheid tot marktdiscipline).

De vraag of dergelijke transparantie aangewezen is voor alle systemen van wetsnaleving, kan m.i. niet in algemene termen worden beantwoord. Per systeem moet worden nagegaan (i) in hoeverre marktdiscipline inderdaad kan bijdragen tot een verbetering van het systeem en (ii) wat de negatieve effecten kunnen zijn van volledige transparantie.

Twee negatieve effecten zijn met name denkbaar.

Financiële instellingen investeren veel in het uitwerken van goed werkende systemen, zodat de nodige weerstand verwacht kan worden tegen het publiek “te grabbel” gooien van moeizaam opgebouwde kennis en ervaring over het bouwen van een bepaald systeem. Dit zou in theorie tot een “deadlock” kunnen leiden waarbij niemand de eerste wil zijn die deze investeringen doet. M.i. mag dit probleem echter niet overschat worden. Omvangrijke zichzelf respecterende instellingen zullen ongetwijfeld eigen systemen willen blijven ontwikkelen en hun wetsna-

⁷³ Zie art. 8(1) en (5a) en considerans 25 van Verordening (EU) nr. 1060/2009 zoals gewijzigd door Verordening (EU) nr. 462/2013.

leving niet zomaar laten afhangen van niet-gecorroboorde systemen gebouwd door een concurrent in functie van diens specifieke structuur en behoeften.

Daarnaast moet er ook over gewaakt worden dat een verregaande transparantie van wetsnalevingssystemen naar de markt zou leiden tot een verschuiving van verantwoordelijkheid naar de klant toe. De redenering zou dan gemaakt kunnen worden dat de klant informatie had over de eventuele beperkingen van het systeem en niettemin – op eigen verantwoordelijkheid – in zee gegaan is met de financiële instelling. Een dergelijke verschuiving van verantwoordelijkheid zal in de meeste gevallen niet wenselijk zijn.

2. Kostprijs

a. Probleem

40. *Kostprijs* – Hoewel systematisering voor kleinere financiële instellingen een oplossing lijkt om met een beperkter aantal mensen de grote hoeveelheid regels toch te kunnen naleven, worden kleinere financiële instellingen ook wat het uitbouwen van systemen betreft, geconfronteerd met een quasi-prohibitief competitief nadeel. Het uitbouwen en in stand houden van optimaal functionerende systemen kost handenvol geld. De kostprijs van goede en op maat gemaakte (informatica)systemen staat vaak niet in verhouding tot de beschikbare middelen van kleinere instellingen.

41. *Tendens naar schaalvergroting?* – Voor het uitwerken van goede systemen is vandaag daarom opnieuw

schaal nodig.⁷⁴ Ook systematisering lijkt dus het probleem niet op te lossen dat kleinere financiële instellingen uit de markt geregeld dreigen te worden (*supra* nr. 19).⁷⁵ De vraag rijst of een oplossing mogelijk is waardoor ook kleinere financiële instellingen wetsnaleving kunnen vergemakkelijken door middel van systematisering.

b. Aanpak

42. *Overzicht* – Om tegemoet te komen aan dit probleem, zijn m.i. twee oplossingen denkbaar. Vooreerst zou de toezichthouder zelf bepaalde systemen kunnen uitwerken. Minder verregaand is dat de toezichthouder een aantal “best practices” detecteert en publiek maakt. Hieronder worden beide opties geëxploreerd.

I. SYSTEMEN UITGEWERKT DOOR DE TOEZICHTHOUDER

43. *Systemen uitgewerkt door de toezichthouder?* – Een eerste mogelijkheid zou kunnen zijn dat goede systemen worden uitgewerkt door de toezichthouder. Voor bepaalde regels en systemen is dit zeker denkbaar en haalbaar. Met name wat de toekenning van een beleggersprofiel aan beleggers betreft, zou het invoeren van gestandaardiseerde profielen (aantal, benaming en voor-

⁷⁴ Nochtans zal schaalvergroting op den duur niet meer leiden tot schaalvoordeel. Op een bepaald punt kan de grootte van de financiële instelling een dermate complexiteit met zich meebrengen dat de kostprijs voor het ontwikkelen en onderhouden van systemen, die met een enorme veelheid aan eventualiteiten rekening moeten houden, opnieuw de pan uit swingt.

⁷⁵ Zie voetnoot 27.

naamste kenmerken) m.i. nuttig zijn. Op die manier kan de wildgroei aan niet altijd even heldere benamingen worden ingedijkt en wordt de vergelijkbaarheid tussen profielen bij verschillende financiële instellingen groter. Vooralsnog lijkt dit echter niet aan de orde.

De indeling van producten in bepaalde risicocategorieën werd recent wel gestandaardiseerd in België. Kredietinstellingen dienen vanaf 1 juli 2015 een indeling van producten in risicocategorieën te gebruiken overeenkomstig een gestandaardiseerd risicolabel.⁷⁶ Er bestaat echter veel weerstand om de door financiële instellingen ontwikkelde systemen te vervangen door het wettelijk systeem, dat op bepaalde punten duidelijk tekortschiet.⁷⁷

Gestandaardiseerde systemen dragen inderdaad enkele belangrijke nadelen in zich.

44. Nadeel 1: verarming – Het traditionele argument tegen standaardisatie is dat dit leidt tot verarming. Door alle financiële instellingen hun eigen systeem te laten uit-

⁷⁶ Zie art. 30bis (2) van de wet van 2 augustus 2002, art. 4, § 2, 8° van het zgn. transversaal KB van 25 april 2014, uitgewerkt door het Reglement van de FSMA van 3 april 2014 betreffende de technische vereisten van het risicolabel.

⁷⁷ Zie bv. de kritiek in het advies van de Raad voor het Verbruik van 20 maart 2014, RVV-471, 50, bv.: “De onderverdeling legt nogal zwaar de nadruk op kredietwaardigheid / ratings om het risico label toe te kennen en is bovendien nadelig voor fondsen t.o.v. individuele obligaties terwijl er eerder minder risico is in fondsen door de spreiding. Ook wordt het gebruik van derivaten afgestraft. Zo zou één enkele overheidsobligatie met rating tot en met A, een ‘A label’ krijgen. Een fonds dat uitsluitend zou beleggen in AAA overheidsobligaties krijgt ‘Label C’. Van zodra er 50% in derivaten is belegd, komt het in de laagste categorie ‘E’ uit. Op die manier zouden veel kapitaalbeschermde fondsen in die laatste categorie uitkomen.”

bouwen, wordt veel meer expertise ingezet en is er veel meer kans op innovatieve systemen.⁷⁸ Er zou daardoor een gezonde concurrentie ontstaan die tot betere systemen zou moeten leiden. Een dergelijke “race to the top” vereist echter wel transparantie over de werking van deze concurrerende systemen, die er vandaag in de meeste gevallen niet is.

45. *Nadeel 2: systemisch risico* – Bovendien valt niet uit te sluiten dat een suboptimaal systeem tot de standaard wordt uitgeroepen. Een geüniformiseerd systeem houdt inderdaad een belangrijk systemisch risico in: wanneer dat éne systeem fouten bevat of suboptimaal functioneert, wordt de gehele markt erdoor getroffen met veel verstrekkenere gevolgen dan wanneer één individueel systeem bij één financiële instelling fouten bevat.

Nauw verbonden met dit probleem is dat de rol van interne en externe controles wordt uitgeschakeld. Aangezien het systeem door de toezichthouder wordt opgelegd, zal kritiek door de interne controlefuncties makkelijk worden afgedaan als niet-dienend. Dit kan de kritische houding van deze controlefuncties ondermijnen.

⁷⁸ Vgl. de literatuur over “*regulatory competition*”, waar net dit argument wordt gebruikt tegen standaardisering (in dit geval harmonisering): bv. S. DEAKIN, “Legal diversity and regulatory competition: which model for Europe”, Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 323, maart 2006, 5: “*It is only on the basis of diversity that a wide range of potential solutions to common regulatory problems can emerge. One implication of this point of view is that to intervene with the aim of institutionalizing a single “best” solution, through harmonization, would be misguided.*”

Het systemisch risico verbonden aan standaardisatie bleek duidelijk tijdens de crisis. De Basel II-standaarden leggen banken, bij ontstentenis van keuze voor de zgn. “internal rating based approach” een gestandaardiseerde benadering op voor de berekening van de minimale kapitaalvereisten.⁷⁹ Dit standaardmodel bleek echter voor heel wat banken onvoldoende kapitaal op te leveren om staande te blijven tijdens de crisis. Naast een meer algemene kritiek, dat de kapitaalvereisten simpelweg te laag waren⁸⁰, lag een deel van het probleem in het feit dat de gestandaardiseerde benadering voor de berekening van minimumkapitaal voor banken in belangrijke mate gebruikmaakte van ratings uitgebracht door credit rating agencies. Die ratings bleken tijdens de crisis vaak veel te

⁷⁹ Overeenkomstig de Basel-criteria moeten banken om hun kredietrisico te dekken een minimale kapitaal/activa-ratio hebben van 8%, sinds Basel III verhoogd met een aantal bijkomende kapitaalbuffers (*supra* voetnoot 2). Deze activa worden echter niet steeds volledig in aanmerking genomen voor de berekening van deze ratio. Zij worden slechts meegenomen in de berekening in functie van de risicoweging die eraan wordt toegekend. Voor deze risicoweging hebben banken de keuze tussen (i) een gestandaardiseerde benadering (“standardised approach”), van toepassing voor zover geen afwijking werd gevraagd, of (ii) een benadering op basis van interne ratings (“internal rating based” of IRB-benadering), voor zover daartoe toestemming werd verkregen van de toezichthouder.

In de “standardised approach” gebeurt de risicoweging van de activa op basis van de rating die werd toegekend door rating agencies (tenzij geen rating werd toegekend, dan is de risicoweging 100%). In de IRB-benadering werkt de bank zelf een systeem van risicoweging uit op basis van interne risicowegingsmodellen.

⁸⁰ *Supra*, voetnoot 2.

hoog⁸¹, zodat de minimumkapitaalvereisten die eruit resulteerden, weinig doeltreffend waren.⁸²

De vierde versie van de Richtlijn Kapitaalvereisten moedigt banken daarom veel meer aan om zelf systemen uit te werken en minder een beroep te doen op externe credit ratings, al blijft dit systeem nog wel bestaan. Waar wel nog gebruikgemaakt wordt van externe ratings, mogen kredietinstellingen zich niet langer volledig of

⁸¹ Omdat foutieve of verouderde modellen werden gebruikt (*supra* nr. 30), maar ook ten gevolge van het belangenconflict dat inherent is in het ratingsysteem waarbij het ratingagentschap betaald wordt door de entiteit die beoordeeld wordt. Zie FINANCIAL CRISIS INQUIRY COMMISSION, *Final Report of the National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States*, januari 2011, 240; European Commission Staff Working Document accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on Rating Agencies – Impact Assessment, Brussel, 12 november 2008, SEC(2008)2745, 14-17.

⁸² Volgens het gestandaardiseerde systeem (zie voetnoot 81) moet een actiefbestanddeel met een hogere rating immers slechts voor een kleiner percentage in aanmerking genomen worden dan een actiefbestanddeel met een lagere rating. Het totaal van de zgn. risicogewogen activa zal derhalve lager uitvallen indien de ratings van deze activa hoger liggen (voor nominaal eenzelfde bedrag aan niet-risicogewogen activa). Aangezien kapitaalvereisten worden uitgedrukt als een percentage van de risicogewogen activa, resulteren hogere ratings in deze gestandaardiseerde benadering in een lagere kapitaalverplichting.

Het alternatief, de “internal rating based approach”, waarbij banken een eigen risicowegingssysteem uitwerken, bleek nochtans evenmin te volstaan, daar de modellen onvoldoende rekening hielden met extreme omstandigheden, en de toezichhouders onvoldoende in staat waren om de robuustheid van deze modellen te checken. Zie hierover o.m. J. АТІК, “Basel II. A Post-crisis post mortem”, *Transnational Law & Contemporary Problems* 2011, Vol. 19, 749: “The national regulator verified the presence of such internally developed risk management systems, but did not verify their effectiveness, which was regarded as technically beyond the pale.”

mechanisch baseren op externe ratings voor de beoordeling van de kredietwaardigheid van een entiteit of een financieel instrument.⁸³

II. BEST PRACTICES

46. *Best practices beschikbaar gesteld door de toezichthouder* – Een uniform systeem, opgelegd door de toezichthouder, is dus niet doeltreffend. Toch zouden de sector, en vooral de kleinere financiële instellingen, gebaat zijn bij enige sturing. De toezichthouder, die alle systemen en modellen ziet, zou daar telkens de “goede” elementen kunnen uitpikken en publiek maken – zonder daarom het volledige systeem te uniformiseren. Een dergelijke werkwijze roept niet één systeem uit tot het ideale, maar is evolutief en wordt bijgestuurd in interactie tussen toezichthouder en financiële instellingen.

Grote financiële instellingen vervullen daarbij een voortrekkersrol. Kleinere financiële instellingen kunnen op hun beurt gebruikmaken van publiek gemaakte standaarden waaraan zij hun systemen kunnen spiegelen.

Ook deze werkwijze blijft uitgaan van het principe dat het de financiële instelling is die naleving moet verzekeren. De toezichthouder is niet aansprakelijk voor het uitbouwen van een goed systeem. Wel reikt deze elementen aan die volgens hem deel kunnen uitmaken van een geschikt systeem, maar wellicht verdere verfijning behoeven afhankelijk van de specifieke noden en kenmerken van elke financiële instelling.

⁸³ Zie art. 77 CRD Richtlijn 2013/36/EU. De Europese wetgever gaat hier verder dan wat de Basel-standaarden vereisen.

De Belgische toezichthouder heeft in deze zin sinds kort de bevoegdheid om een referentie-vragenlijst aan te bevelen voor het bepalen van het beleggersprofiel voor afnemers van financiële producten.⁸⁴ Tot nog toe is van deze bevoegdheid echter geen gebruik gemaakt.

47. *Best practices door de sector* – Een alternatief is dat beroepsorganisaties deze rol vervullen en best practices publiceren, zoals bijvoorbeeld de zeer succesvolle standaardisering van master agreements met betrekking tot OTC derivatives door ISDA (International Swaps and Derivatives Association). Dat vergt echter voldoende wil van – en economisch voordeel voor – marktdeelnemers om mee te werken aan de ontwikkeling daarvan.

3. Ontmenselijking

a. Probleem

48. *Ontmenselijking leidt tot deresponsabilisering* – Een laatste probleem van systematisering is de “ontmenselijking” die ermee gepaard gaat. Menselijke interventie lijkt steeds vaker te worden gezien als iets negatiefs, een mogelijkheid tot fouten en aansprakelijkheid. Zoals hierboven aangegeven, verkleint systematisering de kans op menselijke fouten en de daaraan verbonden aansprakelijkheidsrisico’s. De menselijke factor wordt door systematisering dan ook steeds meer uitgeschakeld.

Mensen blijven echter een noodzakelijke schakel in een essentieel dienstverlenende sector. Eén van de uitda-

⁸⁴ Art. 30bis (3) wet van 2 augustus 2002.

gingen die systematisering met zich meebrengt, is dan ook te vermijden dat medewerkers betrokken bij het systeem gedemotiveerd of gederesponsabiliseerd geraken.

Het voorbeeld van de naleving van de ken-uw-cliënt-verplichtingen kan dit verduidelijken. De mensen die de beleggingsprofielen moeten afnemen en beleggingsadvies verstrekken, kunnen het gevoel krijgen dat hun tussenkomst er nog weinig toe doet. Waar zij vroeger op basis van persoonlijke kennis en expertise inzake beleggingsproducten en hun individuele relatie met de cliënt adviezen verstrekten, zorgt nu het systeem voor een geschikte match tussen cliënt en product. Dit kan leiden tot demotivatie en deresponsabilisering. Meer nog, het kan leiden tot een “boxticking”-mentaliteit: het naleven van de wet wordt louter zaak van het systeem, zonder dat elke individuele medewerker nog doordrongen is van de fundamentele principes van zorgvuldig handelen ten aanzien van de cliënt, die aan deze regels ten grondslag liggen.

49. *Het systeem als “disclaimer”* – Een ander gevaar is dat bankmedewerkers – met de idee op die manier toch nog toegevoegde waarde te bieden – cliënten bijstaan bij het beantwoorden van vragenlijsten. Voor zover dit beperkt blijft tot het geven van wat extra uitleg bij een moeilijke vraag en de betekenis van de antwoordmogelijkheden, mag dit geen probleem vormen. Dergelijke bijstand kan echter snel verglijden in praktijken die de goede werking van het systeem in het gedrang brengen. Zo kan de bankmedewerker er bijvoorbeeld op wijzen dat wanneer de cliënt een bepaald antwoord aanduidt, deze geen toegang zal krijgen tot mogelijkerwijze inte-

ressante producten. De cliënt kan dan geneigd zijn om deze vraag fout te beantwoorden en bijvoorbeeld stellen dat hij vertrouwd is met een bepaald product wanneer dat niet het geval is. Nog verregaander zijn omstandigheden waarbij de bankmedewerker het invullen van de vragenlijst bij wijze van “dienstverlening” overneemt van de cliënt, die dit vaak als een administratieve last ervaart.⁸⁵ De cliënt ondertekent de vragenlijst en vertrouwt erop dat de beheerder deze vervolgens in zijn belang invult.⁸⁶

Indien een vragenlijst op die manier, met akkoord van en ondertekend door de cliënt, verkeerd wordt ingevuld, heeft dit verstrekken gevolgen. Wanneer de cliënt achteraf grotere verliezen lijdt dan hij kon of wou dragen, zal hij de bank zeer moeilijk aansprakelijk kunnen stellen wegens fout advies. Zijn antwoorden hebben immers geleid tot een profiel dat belegging in die producten toelaat. Het systeem dat in deze hypothese correct werkt, maar dat fout werd toegepast, zal tegen de cliënt getuigen. Het door de ken-uw-client-regels beoogde doel – beleggersbescherming – wordt niet bereikt.

⁸⁵ Het eerste ESMA-richtsnoer vereist nochtans dat aan cliënten duidelijk en helder wordt meegedeeld dat de geschiktheidsbeoordeling plaatsvindt om de beleggingsonderneming in staat te stellen in het beste belang van de cliënt te handelen (ESMA/387, “Richtsnoeren met betrekking tot bepaalde aspecten van de MiFID-geschiktheidseisen”, 25 juni 2012, 5, para 13).

⁸⁶ Net om dergelijke praktijken op te sporen, hebben steeds meer toezichthouders de mogelijkheid om over te gaan tot “mystery shopping”, waarbij een vertegenwoordiger van de toezichthouder zich uitteef als cliënt van de bank.

b. Aanpak

50. *Blijvend investeren in mensen* – Wat hieruit moet worden meegenomen, is dat systemen alleen nooit de oplossing kunnen zijn voor een correcte toepassing van de wet. Systematisering moet blijvend gepaard gaan met opleiding. Naast kennis van de regels en van de onderliggende waarden door al wie het systeem hanteert, zijn daarbij ook concrete werkinstructies van cruciaal belang⁸⁷ om aan te geven op welke manier moet worden omgegaan met het systeem en met de cliënt.

51. *Gesystematiseerde ondersteuning van correcte bedrijfscultuur* – Daarenboven speelt ook de veel moeilijker grijpbare notie “bedrijfscultuur” een niet te veronachtzamen rol.⁸⁸ De naleving van regels zou ingebed moeten zijn in een bedrijfscultuur gericht op “good compliance, not mere compliance”.⁸⁹ Een bedrijfscultuur mag

⁸⁷ Vgl. BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Consultative Document – Guidelines. Corporate governance principles for banks*, oktober 2014, 28, para 135: verwijzing naar “practice guidelines”.

⁸⁸ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Principles for the Sound Management of Operational Risk*, juni 2011, 7, para. 21: “Banks with a strong culture of risk management and ethical business practices are less likely to experience potentially damaging operational risk events and are better placed to deal effectively with those events that do occur” (zie ook para’s 22-23).

Zie ook reeds BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Framework for internal control systems in banking organisations*, september 1998, 12, principe 3.

⁸⁹ Titel van de bijdrage van D. TARULLO op de Federal Reserve Bank of New York Conference, *Reforming Culture and Behavior in the Financial Services Industry*, New York, 20 oktober 2014, beschikbaar via www.federalreserve.gov/newsevents/speech/tarullo20141020a.pdf, 12 p.

niet louter gericht zijn op het naleven van de regeltjes “an sich”, maar zou een diepere wetsnaleving en zelfs een internalisering van de doelstellingen onderliggend aan de wetgeving moeten nastreven.⁹⁰

Ook de bedrijfscultuur kan worden ondersteund door systemen, die bijvoorbeeld de risico's van niet-naleving detecteren.⁹¹ Zo werd de idee geopperd dat ondernemingen een score zouden ontwikkelen voor gedragsrisico, gelijkaardig aan de hierboven beschreven credit-scoring-mechanismes, waarin businesslijnen of producten geklas-

Zie ook BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Consultative Document – Guidelines. Corporate governance principles for banks*, oktober 2014, 24, 28, para. 132: “Compliance starts at the top. It will be most effective in a corporate culture that emphasizes standards of honesty and integrity and in which the board of directors and senior management lead by example. It concerns everyone within the bank and should be viewed as an integral part of the bank’s business activities. A bank ... should at all times strive to observe the spirit as well as the letter of the law.”

⁹⁰ Zie de bijdrage van D. TARULLO, “Good compliance, not mere compliance”, op de Federal Reserve Bank of New York Conference, *Reforming Culture and Behavior in the Financial Services Industry*, New York, 20 oktober 2014, 5: “Are compliance programs put in place by risk managers or general counsels understood as a kind of background noise that should not drown out voices urging employees to “make their numbers”, or are they seen as reflecting the views and priorities of senior management. ... Do employees understand their job to be maximizing revenues in any way possible so long as they do not do anything illegal or do they understand their job to be maximizing revenues in a manner consistent with a broader set of considerations? In the former case, the message is that the law is a constraint to be observed, but that the purposes or values that underlie it have no additional importance for determining corporate activity.”

⁹¹ *Ibid.*, 6. Zie ook BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Principles for the Sound Management of Operational Risk*, juni 2011, 7, para 21.

seerd zouden worden volgens factoren die vaak aanleiding geven tot gedragsproblemen, zoals de kennis en ervaring van de cliënt, de complexiteit van het product, het trainingsniveau van de medewerkers en zo meer. Wanneer een product zeer snel groeit of buitengewoon veel inkomsten genereert, kan het systeem dit ook aanmerken als een indicatie om extra monitoring van de naleving van de regels inlassen.⁹²

D. Perspectieven: Customer Relationship Management (CRM)

1. Customer Relationship Management (CRM)

52. Nieuwe mogelijkheden – Systematisering als wets-nalevingstechniek biedt ook nieuwe mogelijkheden, met name in de relatie tussen de financiële instelling en de cliënt.

Zoals hierboven toegelicht, wordt de relatie financiële instelling – cliënt, mede om de in toenemende mate complexe wetgeving in dit domein te kunnen naleven, op steeds meer doorgedreven wijze gesystematiseerd. Een bijkomend voordeel voor de financiële instelling is dat met deze systemen ook “Customer Relationship Management (CRM)”-technieken in het vizier komen, die in dit domein nog tal van mogelijkheden bieden.

⁹² TARULLO verwijst in zijn bijdrage naar de voorstellen in deze zin door T. HUERTAS, *Safe to fail*, Londen, Palgrave Macmillan, 2014, 158-159; zie ook BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, “Compliance and the compliance function in banks”, april 2005, 14, para. 38.

53. *Customer Relationship Management (CRM)* – CRM is omschreven als “the opportunity to contact the right customer at the right time through the right marketing medium”⁹³ of nog “the strategic use of information, processes, technology, and people to manage the customer’s relationship with your company”.⁹⁴ Door CRM evolueren ondernemingen van een product-georiënteerde benadering naar een meer cliënt-georiënteerde benadering.⁹⁵

Inzake internetverkoop houdt CRM onder meer in dat de productverkoper via het systeem bijhoudt wat de cliënt koopt en niet koopt, en wanneer hij of zij dit doet, en zelfs welke producten hij of zij bekijkt en welke niet. Op die manier houdt de verkoper een volledig overzicht bij van de verrichtingen van de cliënt (“data mining”)⁹⁶. Uit deze informatiestroom kunnen vervolgens patronen worden gedistilleerd. Het resultaat is dat de verkoper de klant vaak beter kent dan de klant zichzelf. Deze kennis wordt vervolgens gebruikt om op zeer doelgerichte wijze gepersonaliseerde reclame te richten tot de klant.

⁹³ S. NESLIN *et al.*, “Overcoming the recency trap in customer relationship management”, *J. of the Acad. Mark. Sci.* 2013, 320.

⁹⁴ Zie voor een overzicht van definities: E. NGAI *et al.*, “Application of data mining techniques in customer relationship management: A literature review and classification”, *Expert Systems with Applications* 36 (2009), 2592.

⁹⁵ B. HILLEBRAND *et al.*, “Exploring CRM effectiveness: an institutional theory perspective”, *J. of the Acad. Mark. Sci.* 2011, 595.

⁹⁶ Omschreven als “the process of extracting or detecting hidden patterns or information from large databases”. Zie voor een overzicht van definities E. NGAI *et al.*, “Application of data mining techniques in customer relationship management: A literature review and classification”, *Expert Systems with Applications* 36 (2009), 2593.

54. *CRM en data mining in de financiële sector* – In de meeste sectoren moeten bedrijven sterk investeren in systemen die het mogelijk maken om cliëntengegevens te verwerven, op te slaan en toegankelijk te maken. In de financiële sector worden veel van deze gegevens echter opgevraagd en verwerkt in functie van wetsnaleving. Deze gegevens benutten voor CRM-doeleinden vergt derhalve een minder grote investering dan in vele andere sectoren. Het verwondert dan ook niet dat in de financiële sector handig gebruik wordt gemaakt van CRM en data mining om de cliënt gerichte reclame voor financiële producten toe te sturen.

Financiële instellingen experimenteren met de nieuwe mogelijkheden die dit biedt. ING kondigde bijvoorbeeld in maart 2014 aan in Nederland betaalgegevens van cliënten te zullen gebruiken om bedrijven advertenties op maat te laten maken voor deze cliënten. Dit initiatief werd zeer negatief onthaald door consumentenorganisaties.⁹⁷ Dit toont aan dat uitermate omzichtig moet worden omgesprongen met deze gevoelige materie.

Hoewel CRM en data mining reeds courante praktijk zijn, is in de financiële sector vanuit juridisch oogpunt bijzondere waakzaamheid geboden.

2. Toelaatbaarheid van het gebruik van cliëntengegevens voor CRM-doeleinden

55. *Privacy* – De vraag in hoeverre de bank deze mogelijkheden mag of zelfs moet benutten, moet in eerste

⁹⁷ Zie *De Standaard* 10 maart 2014: “ING wil betaalgedrag van klanten gebruiken voor advertenties”.

instantie worden beantwoord op basis van de privacywetgeving.⁹⁸ Persoonsgegevens mogen immers enkel voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden worden verkregen en mogen vervolgens niet worden verwerkt op een wijze die onverenigbaar is met deze doeleinden.⁹⁹ De verwerkte gegevens moeten bovendien toereikend, ter zake dienend en niet bovenmatig zijn, uitgaande van de doeleinden waarvoor zij worden verzameld of waarvoor zij vervolgens worden verwerkt.¹⁰⁰ De verwerking van persoonsgegevens mag voorts slechts gebeuren indien de betrokkene daartoe zijn ondubbelzinnige toestemming heeft verleend of indien één van de andere uitdrukkelijk opgesomde omstandigheden van toepassing zijn (bv. wettelijke verplichting, algemeen belang).¹⁰¹

Deze privacywetgeving stelt duidelijke grenzen aan de mogelijkheid om gegevens opgevraagd in het kader van de

⁹⁸ Zie art. 1 van Richtlijn 95/46/EG dat bepaalt dat bij de verwerking van persoonsgegevens de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden van natuurlijke personen, inzonderheid van het recht op persoonlijke levenssfeer, moet worden gewaarborgd. Deze richtlijn zal binnenkort vervangen worden door een nieuwe Privacyverordening. Zie het Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (algemene verordening gegevensbescherming), Brussel, 25 januari 2012, COM(2012) 11 final.

⁹⁹ Art. 6(1)(b) van de Privacyrichtlijn 1995/46/EG; art. 5(b) van het voorstel tot Verordening.

¹⁰⁰ Art. 6(1)(c) van de Privacyrichtlijn 1995/46/EG; art. 5(c) van het voorstel tot Verordening.

¹⁰¹ Art. 7(a) van de Privacyrichtlijn 1995/46/EG; art. 6 van het voorstel tot Verordening. Art. 7 van dit voorstel omkleedt deze toestemming met bijzonder voorwaarden.

naleving van de MiFID ken-uw-cliëntverplichtingen of de “*responsible lending*”-verplichtingen inzake consumentenkrediet te gebruiken voor andere doeleinden, zoals CRM. Enkel voor zover de cliënt ondubbelzinnig akkoord zou gaan met het gebruik van zijn persoonsgegevens voor dergelijke doeleinden, is er geen schending van zijn privacy.

56. *Conflicts of interests en Chinese walls* – Kredietinstellingen en beleggingsondernemingen dienen daarnaast ook te voldoen aan organisatorische verplichtingen om te vermijden dat mogelijke belangenconflicten de belangen van cliënten zouden schaden.¹⁰² Wanneer een bank vertrouwelijke gegevens over de cliënt, zelfs met zijn toestemming, doorgeeft aan derden en daarvoor een vergoeding of ander economisch voordeel ontvangt, lijkt een belangenconflict niet ver weg. De cliënt die toestemming geeft om zijn gegevens voor dergelijke doeleinden te gebruiken, zal zich in vele gevallen niet bewust zijn van de mogelijke gevolgen daarvan. Indien de bank een economisch voordeel haalt uit het doorgeven van dergelijke informatie, kan deze geneigd zijn om de belangen van de cliënt in dit verband suboptimaal te behartigen (bv. bewust vage formulering van de personen aan wie en redenen waarvoor de gegevens kunnen worden doorgegeven). M.i. kan dan ook geargumenteed worden dat de zorgplicht van de financiële instelling ten aanzien van de cliënt verbiedt dat deze op basis van privégegevens van

¹⁰² Art. 18(2) MiFID 2004/39/EG, vervangen door art. 16(3) van Richtlijn 2014/65/EU.

cliënten zelf een rechtstreeks economisch voordeel zou halen.

57. *Grens gepersonaliseerde reclame – Perceptie van beleggingsadvies* – CRM-technieken in de financiële sector zouden typisch kunnen worden gebruikt om aan cliënten, op basis van hun eerdere afname van producten en diensten, nieuwe producten en diensten voor te stellen of hen gerichte reclame voor die producten of diensten te sturen. Wanneer het gaat om financiële producten die volgens de MiFID-definitie als financiële instrumenten gekwalificeerd moeten worden¹⁰³, moet echter zeer voorzichtig worden omgesprongen met dergelijke CRM-technieken. Het gevaar rijst namelijk dat de cliënt deze aanbiedingen percipieert als gepersonaliseerd beleggingsadvies.¹⁰⁴ Wanneer de aanbiedingen aan de cliënt niet

¹⁰³ Zie de lijst in Bijlage I.C bij MiFID 2004/39/EG, intussen vervangen door Bijlage I.C bij MiFID 2014/65/EU).

¹⁰⁴ Zie de definitie van beleggingsadvies in art. 4 (1)4° MiFID 2004/39/EG (art. 4(1)4° MiFID II 2014/65/EU) en art. 52 Uitvoeringsrichtlijn 2006/73/EG. Gelet op de vele vragen over de exacte reikwijdte van deze definities, heeft CESR (voorloper van ESMA) een vijfvoudige test uitgewerkt op basis waarvan moet worden aangemerkt of men al dan niet te maken heeft met beleggingsadvies:

1. Beleggingsadvies houdt een aanbeveling in: geen loutere informatieverstreking, maar ook een opinie.
2. Beleggingsadvies heeft betrekking op een specifiek financieel instrument (geen klasse van financiële instrumenten, een geografische zone, ...).
3. Beleggingsadvies moet gepersonaliseerd zijn, i.e. voorgesteld als geschikt voor de cliënt of berusten op een afweging van zijn persoonlijke omstandigheden. Doorslaggevend is daarbij dat de cliënt de perceptie krijgt dat het beleggingsadvies gepersonaliseerd is.

zouden stroken met zijn MiFID-beleggingsprofiel, zouden zij dan ook kunnen ingaan tegen de zorgplicht van de bank en leiden tot haar aansprakelijkheid.¹⁰⁵

Dit probleem kan uiteraard worden opgelost (i) door in de initiële CRM-productselectie een bijkomende toets te integreren aan het profiel van de cliënt en (ii) door, zoals hieronder verder besproken (nr. 58), het CRM-profiel op geregelde tijdstippen af te toetsen aan het beleggingsprofiel van de cliënt en, indien nodig, de cliënt uit te nodigen om na te gaan of zijn beleggingsprofiel nog wel strookt met zijn werkelijke doelstellingen.

4. Beleggingsadvies wordt niet verstrekt via distributiekkanalen (kanalen waarlangs informatie openbaar wordt of kan worden (art. 1, 7° Richtlijn 2003/125/EG) of aan het publiek. Dit zou immers ingaan tegen het gepersonaliseerde karakter ervan.
5. Beleggingsadvies is een aanbeveling aan een (potentiële) belegger, die een patrimoniale doelstelling heeft, en geen industriële, strategische of ondernemingsgerichte (zoals bv. corporate finance advies).

Zie CESR/10-293, "Questions and Answers. Understanding the definition of investment advice under MiFID", 19 april 2010.

CRM-technieken gebeuren vaak via distributiekkanalen (zie punt 4 hierboven). De verwijzing naar distributiekkanalen zou echter worden weggelaten onder de MiFID II Uitvoeringsrichtlijn omdat er heel wat gevallen zijn waar een communicatie via distributiekkanalen toch als gepersonaliseerd gepercipieerd kan worden door de cliënt (zoals bv. een mailing waarbij de cliënt met zijn naam wordt aangeschreven). Zie ESMA/2014/549, "Consultation Paper MiFID II/MiFIR", 22 mei 2014, 16-17.

¹⁰⁵ Zie FSMA, *Zorgplicht. Vaststellingen en standpunten naar aanleiding van inspecties*, augustus 2014, 18: "De onderneming schendt haar loyauteitsplicht jegens haar cliënten als zij het initiatief neemt om cliënten beleggingsproducten voor te stellen die niet geschikt zijn voor deze cliënten. De onderneming moet nagaan of de voorgestelde transactie geschikt is vooraleer zij het beleggingsproduct in kwestie onder de aandacht van de cliënt brengt."

3. Mogelijkheden die CRM biedt voor verbeterde wetsnaleving

58. *Correctie van het systeem* – Mits enige creativiteit lijkt CRM ook toelaatbare mogelijkheden en zelfs inspiratie te bieden voor een verbeterde wetsnaleving. Het voorbeeld van de cliëntenbevraging in een adviesrelatie is opnieuw inspirerend.

Door het bijhouden van een CRM-profiel krijgt de financiële instelling perfect zicht op de mate waarin het beleggingsprofiel van een cliënt zoals dat blijkt uit de vragenlijst, al dan niet overeenstemt met het werkelijke koopgedrag van de cliënt. Wat indien uit het CRM-profiel blijkt dat het MiFID-vragenlijstprofiel van de cliënt niet strookt met zijn werkelijke koopgedrag, omdat de cliënt bijvoorbeeld systematisch meer of minder risico's neemt dan aangewezen, gelet op zijn profiel?¹⁰⁶ De vraag rijst of de financiële instelling in een dergelijk geval rekening moet houden met het profiel dat uit de vragenlijst is gebleken of met het CRM-profiel.

Op basis van de huidige wetgeving moet de financiële instelling rekening houden met het ingevulde profiel. De wet vereist echter ook dat de financiële instelling stappen onderneemt wanneer dat profiel kennelijk niet meer strookt met de werkelijkheid.¹⁰⁷ Het CRM-profiel kan daarbij een handig instrument blijken om na te gaan of het vragenlijstprofiel volledig, nauwgezet en up-to-date is.

¹⁰⁶ Met name in geval van beleggingsadvies kan de cliënt het advies van de financiële instelling naast zich neerleggen en toch in een product beleggen dat werd afgeraden door de financiële instelling.

¹⁰⁷ Art. 37 (3) MiFID Uitvoeringsrichtlijn 2006/73/EG.

Een afwijkend CRM-profiel kan dus aanleiding vormen om de cliënt uit te nodigen tot een gesprek waarin wordt nagegaan of zijn profiel moet worden aangepast.

Een interessante vraag hierbij is in hoeverre een financiële instelling die de *mogelijkheden* heeft om een CRM-profiel bij te houden, er nog voor kan kiezen om dat niet te doen. Kan geargumenteed worden dat de zorgplicht van de bank vereist dat de cliënt die systematisch tegen zijn eigen CRM-profiel handelt, móet worden uitgenodigd voor een herbespreking van zijn MiFID-vragenlijst-profiel? Het lijkt niet ondenkbaar dat de toezichthouder de zorgplicht binnen afzienbare tijd op die manier invult.¹⁰⁸

IV. BESLUIT

59. *Drie pijlers van een efficiënt financieel recht* – Wanneer men het heeft over financieel recht, wordt daaraan meestal in één adem financieel toezicht gekoppeld. Deze bijdrage focuste op het derde aspect van een efficiënt werkend financieelrechtelijk stelsel: naleving door de rechts-onderhorige.

¹⁰⁸ Vgl. FSMA, *Zorgplicht. Vaststellingen en standpunten naar aanleiding van inspecties*, augustus 2014, 15: “De gegevens over de transacties die cliënten al hebben gedaan, kunnen belangrijke informatie bevatten over de waarachtigheid van de gerapporteerde kennis en ervaring. Als een cliënt bijvoorbeeld systematisch verlies lijdt op transacties in bepaalde financiële instrumenten, maar toch aangeeft dat hij er kennis van heeft, mag de bank er niet van uitgaan dat de informatie van de cliënt correct is en moet zij stappen zetten om de waarachtigheid ervan te controleren.”

60. *Regulering van ongeziene omvang* – Dat financieel recht een rechtsdomein in beweging is, is een understatement. Sinds het Financial Services Action Plan op poten werd gezet in 1999¹⁰⁹, en vooral sinds de introductie van de Lamfalussy wetgevende methode¹¹⁰, is het Europees financieel recht in een stroomversnelling geraakt, die culmineerde in een ware vloedgolf aan nieuwe wetgeving sinds het begin van de crisis in 2007.

61. *Naleving mits systematisering* – Dit doet de prangende vraag rijzen hoe de rechtsonderhorige financiële instellingen, en met name kleinere financiële instellingen, de toenemende financiële regulering nog kunnen kennen en naleven. Wetsnaleving zo veel als mogelijk in computersystemen gieten, lijkt vandaag het enig mogelijke antwoord.

Een dergelijke systematisering heeft enkele onmiskenbare voordelen: wetsnaleving kan veel sneller en efficiënter en bovendien wordt het risico op aansprakelijkheid ten gevolge van individuele fouten beperkt.

Systematisering houdt op zichzelf echter ook nieuwe risico's en aansprakelijkheidsgronden in: wanneer het systeem niet klopt, leidt dit tot problemen en aansprakelijkheidsrisico's op een veel grotere schaal. Bovendien hangt aan het bouwen van goede, waterdichte systemen op maat van de financiële instelling een hoog prijs-

¹⁰⁹ Mededeling COM (1999) 232 def. van de Commissie, "Financiële Diensten: Tenuitvoerlegging van het kader voor financiële markten: een actieplan", 11 mei 1999, 31 p.

¹¹⁰ Zie A. LAMFALUSSY *et al.*, "Final report of the committee of wise men on the regulation of European securities markets", Brussel, 15 februari 2001, 115 p.

kaartje, waardoor systematisering minder toegankelijk is voor kleine spelers. Het probleem dat kleine financiële instellingen als het ware uit de markt geregeld worden, wordt door systematisering op zichzelf dus niet opgelost. Ook de ontmenselijking die het gevolg is van (computer-)systematisering, creëert enkele belangrijke aandachtspunten.

Nochtans lijken er weinig alternatieven te zijn. Uit deze bijdrage bleek onder meer dat de wetgever en de toezichthouder (computer)systematisering als wetsnalevingstechniek steeds nadrukkelijker vereisen of simpelweg veronderstellen. In deze bijdrage werd daarom getracht om de risico's verbonden aan systematisering in kaart te brengen en te herformuleren als uitdagingen, waarvoor een plan van aanpak werd voorgesteld.

Daarbij wordt niet voorbijgegaan aan de interessante mogelijkheden die systematisering nog kan bieden in de toekomst. Bij wijze van voorbeeld werd ingegaan op de opportuniteiten van Customer Relationship Management. Hoewel in de financiële sector zeer omzichtig moet worden omgesprongen met dergelijke technieken, bieden ze terzelfder tijd ook bijkomende mogelijkheden om de regels op een fijnmaziger wijze na te leven.

62. Naar een coöperatief toezichtsmodel – De toezichthouder fungeert in dit complexe geheel van financieel-rechtelijke regels meer en meer als noodzakelijke tussenschakel tussen norm en rechtsonderhorige, tussen regelgeving en naleving.

Een autoritair bestraffend toezichtsmodel is daarbij niet meer van deze tijd. Het financieel toezicht moet m.i.

daarentegen steeds verder evolueren in de richting van een coöperatief model.

De toezichthouder verfijnt wetten tot meer concrete regels. Hij gidst de rechtsonderhorige bij diens zoektocht naar een correcte naleving en stuurt bij waar nodig. Hij bestraft slechts bij wijze van *ultimum remedium* indien die correcte naleving malafide of mits grove nalatigheid uitblijft.

Financiële instellingen leveren in dat model onmisbare input bij de ontwikkeling van nieuwe regels en richtlijnen, maar ook van best practices, onder meer wat nalevingssystemen betreft.

63. *Innovatie in de financiële sector* – Met een enorm arsenaal aan nieuwe wetgeving wordt getracht de risico's die zijn gebleken uit de financiële crisis, af te dekken. Door voortdurende innovatie in de financiële sector ontstaan echter steeds nieuwe producten en diensten, en nieuwe nalevingsmodellen, die op hun beurt nieuwe risico's inhouden voor de stabiliteit en integriteit van de financiële sector en de bescherming van de financiële consument.

Dat betekent dat de definitieve versie van hét financieel recht wellicht nooit bereikt wordt. Een nieuwe crisis is nooit uitgesloten. Het maakt het financieel recht tot een gigantische machine, maar ook tot een uitermate boeiend onderzoeksdomein.

Ik ben de faculteit dan ook bijzonder dankbaar voor de kans die mij wordt geboden om me in deze materie te verdiepen.